الجزء الثاني

موســوعـــة

الدفـــوع المدنيـــة

في

ضوء القضاء والفقه

تأليف

شريـــف أحمـــــد الطبـــاخ

المحامى

بالنقض والإدارية العليا

مقدمـــــة

المشتغل بالعمل القضائي سواء كان قاضيا أو محاميا لا يحتاج في عمله الى المراجع التي تتولى شرح القانون والتعليق على نصوصه فحسب بل يحتاج الى جوار ذلك الى معرفة كيف يطبق القانون على الوقائع المعروضة عليه ، ولذلك فقد تناولنا في هذه الموسوعة (موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء والفقه) تطبيق القانون على الوقائع متحاشيا الطريقة الفقهية في الكتابة لتكون الاستفادة أكثر لرجل القانون.

"والله ولي التوفيق"

شـريف الطباخ

المحـــامى

المقصود بترك الخصومة :

ترك الخصومة le désistement d'instance هو تنازل المدعى عنها وعن كافة إجراءاتها ، بما في ذلك صحيفة افتتاحها ، ويترتب عليه إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على قيامها ، فيعود الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى.

ويكون ترك الخصوم بإعلان من المدعى أو المستأنف يعلن فيه عن إرادته في التنازل عن الخصومة برمتها قبل خصم معين أو قبل جميع الخصوم دون حكم في موضوع ادعائه قبلهم.

وتنص المادة (١٤١) مرافعات على أنه " يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويا في الجلسة وإثباته في المحضر.

وفي ترك الخصومة لا يتنازل المدعى عن حقه الذي يدعيه ، وإنما يحتفظ به ، ولا يمنع عليه تجديد الدعوى في المستقبل للمطالبة بذات الحق وفي مواجهة نفس الخصم الذي أقام الدعوى الأولى في مواجهته .

ويتعين أن يكون الترك صريحا فلا يجوز الاستناد فيه الى الاستنتاج أو الاعتداد في شأنه بالإرادة الضمنية (١٩٧٣/٢/٢٧ – م نقض م – ٢٤ – ٣٣٦) كما يتعين أن يتضمن صراحة تعيين الخصومة التي يرد عليها الترك سواء كان بتعيين رقمها أو تعيين موضوعها (١٩٨٢/١٢/١٢ طعن ٨٨٧ سنة ٤٩ق)

ولا يجوز أن يكون ترك الخصومة مقرونا بأى تحفظ بل يجب أن يكون خاليا من أية شروط تهدف الى تمسك التارك بصحة الخصومة أو بأى أثر من الآثار المترتبة على قيامها (١٩٨٢/١١/١٤ طعن ٢٦٦ سنة ٤٣ق – ١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ سنة ٣٥ - م نقض م – ٢٧ – ١٦٤٩) ولا يعد من الشروط أو صور التحفظ أن ينص الإقرار بالترك على عدم السير في الدعوى عند نقض الحكم المطعون فيه لأنه لا يقصد من ذلك سوى بيان الحالة التي تتحقق فيها إمكان موالاة السير في الدعوى بتقرير أنه عند رفض الطعن يصبح الحكم باتا فلا يكون هناك محل الترك (١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٧ – ١٦٤٩)

ويجوز الإقرار بترك الخصومة في الاستئناف إذا ما قضى بنقض الحكم السابق صدوره فيه إذ أن المادة ٢١٩ مرافعات أجازت الاتفاق مقدما بين الخصوم على التنازل عن الاستئناف مما مفاده جواز التنازل من باب أولى عن متابعة الاستئناف حال نقض الحكم (١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٧ - ١٦٤٩)

ولا يرد الترك على الدعاوى التي يتعلق موضوعها بالنظام العام (١٩٧٦/١١/٢٤ طعن ٣٢ لسنة ٤٥ق – وقارن العشماوي بند ٨٩٢) ولذلك لا يجوز قبول الترك إذا كان بناء على تنازل العامل عن حقوقه المقررة في القانون لأنه تنازل باطل (١٩٧٧/٥/٢١ طعن ٤٩٩ لسنة ٤٢ق – ١٩٧٦/٦/٢٦ طعن ٣٣٩ لسنة ٤١ق) ويرى البعض عدم جواز الترك إذا كانت الدعوى تمس حالة قانونية واقتضت المصلحة العامة تجليه الأمر في شأنها كدعوى إشهار الإفلاس أو الإعسار (أبو الوفا ، هامس بند ٤٩١(كما يرى المرجع نفسه عدم جواز ترك الخصومة في دعوى رد القاضي ، إلا أن هذا الرأى أصبح لا محل له بعد العمل بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ الذي عدل المواد المتعلقة برد القضاء وصرح بجواز ترك الخصومة في دعوى الرد ، ويجوز ترك الخصومة في دعوى المخاصمة (١٩٨٠/١٢/٩ طعن ٤٢ سنة ٤٩ق) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق).

وترك الخصومة كقاعدة عامة يقبل التجزئة :

فإذا تعدد الخصومة وطالب أحد المدعين مع المدعى عليه وقف الخصومة وقفا جزئيا فمن الواجب إجابة هذا الطلب متى كانت الخصومة تقبل التجزئة بطبيعتها ، كذلك الحال إذا طالب بالوقف المدعى مع أحد المدعى عليهم ، وذلك لأن الخصومة تقبل التجزئة كقاعدة عامة ما لم ينص المشرع على ما يخالف ذلك . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

أى أن ترك الخصومة يجوز إبداؤه من بعض المدعين المتعددين كما يجوز أن يوجه الى بعض المدعى عليهم دون الآخرين ولا يستثنى من ذلك سوى حالة أن يكون موضوع الدعوى مما لا يقبل التجزئة بحيث لا يحتمل الفصل فيه سوى حل واحد ففي هذه الحالة يعتبر طلب الترك موجها الى جميع المدعى عليهم ومن خلال هذا النظر قضت محكمة النقض بأن ترك المستأنف الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم في موضوع غير قابل للتجزئة يعتبر تركا لها بالنسبة للباقين في المركز القانوني موضوع النزاع الذي لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد بما يوجب على المحكمة إعمال أثر الترك على هذا النحو من تلقاء نفسها باعتبارها المهيمنة على إجراءات التقاضي المعتبرة من النظام العام (١٩٨٣/١١/٢٨ طعن ٧٦١ سنة ٤٨ق) ويلاحظ في هذا الصدد أن ذلك لا يعني بذاته ضرورة إثبات الترك وإنما هو يعني اعتبار الترك في هذه الحالة موجها الى جميع المدعى عليهم ، فإن كان في حالة لا يلزم فيها قبول المدعى عليهم أو المستأنف عليهم تعين القضاء بترك الخصومة بالنسبة الى الجميع ، وإن كان في حالة يلزم فيها قبول المدعى امتنع القضاء بالترك حتى بالنسبة الى من قبله منهم . أما إذا كانت الدعوى مما يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها كدعوى الشفعة فيجوز أن يقتصر الترك على أحد المدعى عليهم وإن كان يترتب على إثباته بالنسبة إليه القضاء بالنسبة الى الآخرين بعدم قبول الدعوى ، وإما إذا كان الالتزام تضامنيا فليس ثمة ما يمنع من ترك الخصومة بالنسبة الى بعض المدعى عليهم إذ أن المادة ٢٨٥ من التقنين المدني تجيز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين ومنفردين فإذا قضى له بالدين قبل أحد المدينين المتضامنين جاز له تنفيذه قبله وحده ثم يكون المدين المحكوم ضده وشأنه مع باقي المدينين المتضامنين .

وإذا تعدد المدعى عليهم في موضوع قابل للتجزئة وكان يلزم قبول المدعى عليه لإثبات الترك ووجه طلب الترك بالنسبة الى الجميع فلا يقضي بالترك إلا بالنسبة الى من قبله منهم .

ويجوز الترك في أية حالة كانت عليها الدعوى مادام لم يقفل باب المرافعة فيها ، كما يجوز للتارك أن يعدل عن طلب الترك مادام خصمه لم يقبله أو يحكم بقبوله وذلك على عكس ما إذا كان الترك منصبا على إجراء من الإجراءات لا الدعوى برمتها ، فإنه ينتج أثره بمجرد التصريح به (راغب ص٤٢٤) ويجوز الترك في الطعن بالنقض (١٩٨٤/١/٢٥ طعن ٦٧٩ سنة ٤٧ق - ١٩٨٥/١٢/٢٢ طعن ١١٨٣ سنة ٥٤ق) وإذا أبدى في إقرار مصدق على توقيع الطاعن عليه وجب إثبات الترك (١٩٨٥/١/٢٢ طعن ٩١٥ سنة ٥١ق)

ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بسبق ترك الخصم لأنه دفاع يخالطه واقع (١٩٧٥/١٢/١٠ طعن رقم ٩٥ لسنة ٤٢ق - م نقض م - ٢٦ - ١٦٢٦) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ولم يحدد المشرع ميعادا لترك الخصومة ، وعلى ذلك يجوز للمدعى أن يتركها في أى وقت منذ انعقادها الى حين صدور الحكم الذي تنتهي به ، ويجوز ترك الخصومة ولو بعد قفل باب المرافعة في الموضوع ويجوز ولو صدر فيها أحكام متعلقة بسيرها أو إثباتها بل ولو صدر فيها حكم فصل في شق من الموضوع.

والأصل أنه متى ترك المدعى خصومته ومتى قبل المدعى عليه هذا الترك أو لم يكن في مقدوره الاعتراض عليه – وجب على القاضي أن يحكم به أيا كان موضوع الخصومة ، ومع ذلك واستثناء من الأصل العام جرى القضاء على عدم إجازة الترك في بعض الحالات ولو قبله المدعى عليه وذلك لدواع تتعلق بالمصلحة العامة.

ويشترك إذن لترك الخصومة أن يحصل ممن يملك إيقاعه وأن يقبله المدعى عليه وإلا تتعلق الخصومة المتروكة بالمصلحة العامة .

فطلب الترك لا يكون مقبولا إلا إذا صدر عن المدعى ، ولا يتصور أن يصدر عن المدعى عليه لأنه يلزم بالسير في القضية المرفوعة عليه ، ومصدر هذا الالتزام القانون نفسه حتى لا يضطر الأشخاص الى الذود عن حقوقهم بأنفسهم ، ومن هذا جاء حق الالتجاء الى القضاء من النظام العام ولا يجوز النزول عنه

وتنص المادة (١٤٢) مرافعات على أنه " لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ، ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة ، أو بإحالة القضية الى محكمة أخرى ، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضى في سماع الدعوى ".

فيتضح من نص هذه المادة أنه يشترط للحكم بإثبات الترك قبول المدعى عليه أو المطعون ضده له متى كان طلب الترك قد أبدى بعد إبداء الأخير طلباته ، ولا يلزم في هذا الصدد أن يكون المدعى عليه قد أبدى طلبات عارضة أو مقابلة وإنما يكفي أن يكون قد أبدى دفاعه الموضوعي ولو لم يقدم طلبا ، ليكون الترك متوقفا على قبوله (سيف بند ٤٨٠)

ولا يلزم قبول المدعى عليه للترك إذا لم يكن عند إبدائه ، قد أبدى أية طلبات أو أى دفاع في الموضوع ولو أبداه بعد ذلك وقبل الحكم بإثبات الترك إذ العبرة في توافر شروط القضاء بالترك بوقت إبدائه .

ولا يلزم قبول المدعى عليه للترك إذا كان قد أبدى رغبته صراحة أو ضمنا في عدم صدور حكم في موضوع الدعوى كأن يكون قد طلب إخراجه من الدعوى أو دفعها بدفع إجرائي يهدف منه الى إنهاء الخصومة دون الحكم في موضوعها كالدفع بعدم الاختصاص أو الإحالة أو بطلان صحيفة الدعوى أو بسقوط الخصومة أو بعدم قبول الدعوى أو بعدم سماعها فإذا لم يبدى الدفع جاز القضاء بالترك ولو لم تكن المحكمة مختصة ، وكذلك يجوز القضاء بالترك إذا قضت المحكمة برفض الدفع . (١٩٧٩/١٢/١١ طعن ٣٠ سنة ٤٦ق)

ولا يلزم قبول المطعون ضده لإثبات ترك الطاعن للخصومة في الطعن ولو كان قد أبدى طلباته ، متى كان طلب إثبات الترك قد أبدى بعد انقضاء مواعيد الطعن ، إذ يعتبر طلب الترك منطويا على التنازل عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه دون حاجة الى قبول الخصم الآخر . (١٩٩٩٢/١/٩ طعن ٢٩١٧ سنة ٥٨ق – ١٩٩٢/٣/٢٢ طعن ٣٢٨٦ سنة ٦٠ق – ١٩٩٢/٥/٢٤ طعن ٢٥٣٧ سنة ٥٥ق – ١٩٩١/١٢/١٠ طعن ٢٠٢٨ سنة ٥٤ق – ١٩٧٩/٥/٥ طعن ١٠٥٢ سنة ٤٩ق – م نقض م – ٣٠ العدد الثاني – ٢٨٧ – ١٩٧٣/٥/٢٢ – م نقض م – ٢٤ – ٨٠٧) وبالتالي يكون للطاعن بعد انقضاء مواعيد الطعن ترك الخصومة في الطعن ولو لم يمثل أحد من المطعون ضدهم (١٩٨٣/٣/١ طعن ١٨٢٤ سنة ٤٩ق) وإذا تضمن عقد الصلح المقدم في الطعن والذي أعلنت المحكمة الطاعن به ترك الخصومة في الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن قد انقضى فإنه يتعين قبول الترك وإثباته لأن ترك الطعن بعد فوات مواعيده يتضمن تنازلا عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه دون حاجة لقبوله من الخصم الآخر (١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ٤٤٠ سنة ٥٢ق) ولا لزوم لقبول المستأنف ضده ولو كان قد أبدى طلباته أو أقام استئنافا فرعيا إذا كان ترك المستأنف لاستئنافه أبدى بعد انقضاء ميعاد الاستئناف (١٩٧٦/١١/٢٩ طعن ٨٤٥ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٧ – ١٧٠٧).

ولا يلزم قبول الخصم الترك متى اقترن الترك بإسقاط صاحبه لأصل الحق المرفوعة به الدعوى إذ لا تكون له مصلحة مشروعة في الاعتراض على الترك (١٩٧٨/٥/١١ طعن ٨٥٤ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٩ – ١٢٣٥)

ولا يلزم قبول الخصم للترك إذا انتفت مصلحته المشروعة في استمرار الخصومة (١٩٨٤/١٢/١٦ طعن ٢٣٤٢ لسنة ٥١ق – م نقض م – ٣٥ – ٢١١٤ – ١٩٨٨/٤/٢٨ طعن ٢١٣٢/٢٠٩٢ سنة ٥١ق – ١٩٧٩/٣/٧ طعن ٧١٤ سنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٠ العدد الأول – ٧٤٧) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

وبالنسبة للأهلية فلا يشترط في التارك ألا أن يكون أهلا للتقاضي ، لأنه لا يترتب عليه إلا إلغاء الإجراءات التي باشرها في سبيل المطالبة بحقه دون التنازل عن الحق ، فترك الخصومة إذن لا يعد عملا من أعمال التصرف إنما هو من أعمال الإدارة الحسنة إذ قصد به التنازل عن خصومة رفعت مخالفة للقانون ، فالصبى المميز - أو ناقص الأهلية – الذي يؤذن له في إدارة أمواله والذي يجوز له أن يرفع الدعاوى بصددها ، يجوز له أن يتنازل عنها بشرط ألا يترتب على ذلك سقوط أصل الحق الذي يدعيه.

ويجوز للولى أو الوصى أن يترك الخصومة التي رفعها باسم القاصر ، كما يجوز للقيم أن يترك الخصومة التي أقامها باسم المحجور عليه .

ويلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يشترط إذن المحكمة عند رفع الدعاوى باسم فاقد الأهلية أو ناقصها أو عند التنازل عنها بعد إقامتها أو التنازل عن طرق الطعن المقررة في الأحكام الصادرة فيها . (م ٣٩ ، ٨٨ منه)

ويجوز للسنديك أو للدائن أن يترك الخصومة التي أقامها باسم المدين إذا كانت هناك مصلحة قانونية تبرر هذا الترك وبشرط ألا يتناول أصل الحق المرفوعة به الدعوى .

ولا يصح الترك من الوكيل بالخصومة إلا إذا كان مفوضا تفويضا خاصا به عملا بنص المادة ٧٦ ، وإذا ترتب على الترك سقوط الحق المدعى به ، وجب أن يكون الوكيل بالخصومة مفوضا بالتنازل عنه ، وإلا جاز ، في الحالتين ، التنصل من عمل الوكيل . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويلزم قبول المدعى عليه الترك ولو كان قد أبدى أحد الدفوع التي عددها النص متى تنافر ما يبغيه من دفعه مع ما يستهدفه المدعى من الترك أو اتخاذ الترك وسيلة للكيد والإضرار بمصلحة المدعى عليه:

وقد قضت محكمة النقض بأنه مؤدى نص المادة ١٤٢ من قانون المرافعات أن المشرع لم يعلق ترك الخصومة على محض إرادة المدعى لتفادي ما قد يضار به المدعى عليه الذي قد تتصل مصلحته بالفصل فيها ، وجعل مناط المصلحة في الأصل مرتبطا بإبداء المدعى عليه طلباته في موضوع الدعوى ، اعتبارا بأن الإصرار على حسم النزاع لا يظهر إلا بعد أن يتحدد موقفه فيه ، واتخذ في ذات الموقف من إبداء هذا الأخير أى طلب يكون القصد منه منع المحكمة من سماع الدعوى قرينة على انتفاء المصلحة ، فلا يصح معه الالتفات الى اعتراضه على الترك وعدم قبواه له ، لما قدره من أن ترك المدعى للخصومة في الأحوال التي حددتها المادة وما شابهها – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٣٠٩ المقابلة من قانون المرافعات السابق – هو في واقع الأمر تسليم منه بطلب المدعى عليه وتحقيق من جانبه للغرض الذي يرمى إليه وهو التخلص من الخصومة بعير حكم في موضوعها

مما مفاده أن المادة تضع قاعدة عامة مقتضاها عدم الاعتداد باعتراض المدعى عليه على ترك الخصومة طالما لم تكن له مصلحة مشروعة في الإبقاء عليها ، فإذا تنافر ما يبغيه المدعى عليه من دفعه وما يستهدفه المدعى من تركه فلا محل لقيام القرينة ، وإذا اتخذ الترك سبيلا للكيد أو للإضرار بمصلحة المدعى عليه لم يعد هناك مجال لقبوله وإطراح الاعتراض عليه حتى ولو سبق للمدعى عليه إبداء طلب من قبيل ما أشارت إليه المادة (١٩٧٩/٣/٧ طعن ٧١٤ سنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٠ العدد الأول – ٧٤٧) وتطبيقا لذلك قضى بالحكم نفسه إذ كان الواقع في الدعوى أخذا من تقريرات حكم محكمة أول درجة أن الطاعن دفه باعتبار الدعوى برمتها كأن لم تكن إعمالا لنص المادة ٨٢ من قانون المرافعات وكان الثابت من صحيفة الاستئناف المرفوع من الطاعن ومن محضر الاستجواب أمام محكمة الدرجة الثانية أن مبنى دفعه أن الدعوى برمتها سواء بالنسبة له أو المطعون عليه الثالث تعتبر كأن لم تكن تبعا لأن موضوع الالتزام غير قابل للتجزئة ، فإذا ما عمدت المطعون عليهما الأولى والثانية بعد إبداء الدفع الى تقرير ترك الخصومة بالنسبة للطاعن وحده دون المطعون عليه الثالث – المستأجر الأصلي – الذي ظل ماثلا في التداعي في ذات الوقت الذي أساسا فيه مدعاهما على أن هناك تأجيرا من الباطن أو نزولا عن الإجارة الى الطاعن ، فإن مسلك المطعون عليهما الأولتين لا يفيد تسليما منهما بما أراده الطاعن من دفعه وإنما رميا الى إبعاده عن نطاق الخصومة حتى يتسنى لهما استصدار حكم بالإخلاء له تأثيره على مركزه القانوني باعتباره شاغلا شقة النزاع . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التقت عن اعتراض الطاعن على ترك الخصومة وقضى بإثباته وتحجب بذلك عن تمحيص طبيعة الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن بمقارنته بمسلك المطعون عليهما الأولتين بعد ترك الخصومة بالنسبة إليه ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ويجب أن يكون ترك الخصومة خلوا من أى تحفظات تهدف الى التمسك بآثارها ، وبالتالي إذّا ترك الطاعن الخصومة في الطعن بالنقض بشرط نفاذ عقد البيع المقضي نهائيا بفسخه وجب الحكم بعدم قبول هذا الترك . (نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ ، الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٠ق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يجوز أن يكون الترك مقرونا بأى تحفظ ، بل يجب أن يكون خاليا من أية شروط تهدف الى تمسك التارك بصحة الخصومة أو بأى أثر من الآثار المترتبة على قيامها " (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ رقم ٣٢ سنة ٤٥ق).

ويجوز الرجع في الترك صراحة أو ضمنا :

من صور الرجوع الضمني في الترك أن يعلن التارك خصمه بتقرير الخبير المقدم في الدعوى وأن يوجه إليه طلباته الختامية . (١٩٨٨/٤/٢٦ طعن ٩٦٠ سنة ٥٤ق).

ولكن يشترط لجواز الرجوع عن الترك أن يتم قبل قبول الطرف الآخر للترك أو الحكم به من القاضي (١٩٧٨/٥/١١ طعن ٨٧٤ سنة ٤٥ق – م نقض م – ٢٩ – ١٢٣٥) فإذا كان الطرف الآخر قد قبل الترك تعين القضاء بإثباته دون الاعتداد برجوع التارك عنه (١٩٧٩/١٢/١١ – م نقض م – ٣٠ العدد الثالث – ٧٩).

ولا يجوز الرجوع في ترك الطعن إذا كان قد أبدى بعد فوات مواعيد الطعن لأن الترك في هذه الحالة يتضمن تنازلا عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه دون حاجة الى قبول الطرف الآخر (١٩٨٤/٥/٢١ طعن ١٨٤٨ لسنة ٤٩ق).

الآثار المترتبة على ترك الخصومة :

يترتب على ترك الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها وكافة الآثار المترتبة على قيامها سواء كانت إجرائية أو موضوعية ، فيعود الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل بدء الخصومة فتزول جميع الطلبات والدفوع وما يترتب عليها من آثار .

وتنص المادة (١٤٣) مرافعات على أنه " يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ولا يترتب على الترك أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى ، ويجوز للتارك تجديد دعواه إذا لم يسقط حقه بسبب من أسباب السقوط ، إنما يلاحظ أن المطالبة به في الخصومة المتروكة لا تعتبر قاطعة لمدة سقوطه بالتقادم فالمدة تستمر سارية لمصلحة المدعى عليه وكأنها لم تنقطع من قبل برفع الدعوى . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

لا تمتد آثار الترك إلا بالنسبة للخصم الذي طلب الترك والخصم الذي وده إليه دون بقية الخصوم :

إذا اختصم شخص بصفتين فإن ترك الخصومة لا ينتج أثره إلا بالنسبة الى الصفة التي توجه إليها ، فمتى رفعت الدعوى شد شركة بصفتها وكيله عن ملاك السفينة وبصفتها وكيله عن ربان السفينة فإن ترك الخصومة بالنسبة الى ملاك السفينة لا يزيل الدعوى بالنسبة الى ربان السفينة . (١٩٨٥/١/١٤ طعن ١٩٢٢ سنة ٢٠ق)

وتترتب على الترك الآثار التي تترتب على سقوط الخصومة المنصوص عليها في المادة ١٣٧ مرافعات فتسقط أحكام الإثبات (١٩٦٩/١٠/٢١ - م نقض م - ٢٠ - ١١٣٨) وإن كان يجوز للخصوم أن يتمسكوا بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة ما لم تكن باطلة في ذاتها (١٩٦٦/٤/٧ - م نفض م - ١٧ - ٨٣٤) كما أن الترك لا يؤدي الى سقوط الأحكام القطعية التي تكون قد صدرت في الدعوى .

سبق أن ذكرنا أن الخصومة في الترك تقبل التجزئة ، فلا أثر له إلا بالنسبة للخصم الذي تنازل عن خصومته والخصم الذي حصل التنازل في مواجهته ، وتظل الخصومة قائمة بالنسبة لباقي الخصوم الأصليين ، وبالنسبة لمن تدخل فيها على التفصيل .

إذا تدخل شخص تدخلا انضماميا فهو يقتصر على مجرد تأييد أحد طرفي الخصومة الأصليين فترك الخصومة يستتبع سقوط ذلك التدخل . أما في التدخل الاختصامي فالمتدخل يدعى لنفسه بحق في مواجهة طرفي الخصومة - فهو يعتبر بحق طرفا فيها - فلا يترتب على ترك الخصومة الأصلية انقضاء في الخصومة في التدخل إذا كانت المحكمة مختصة بطلب المتدخل من جميع الوجوه كان مستوفيا شروط قبوله ، وتبقى الخصومة في التدخل ولو كان قد تم بطلب قدم مشافهة في الجلسة في حضور الخصوم وأثبت في محضرها عملا بنص المادة ١٢٦ ، وذلك لأن المتدخل يحتفظ بحقه في طلب حسم موضوع النزاع الذي أثاره بمناسبة قيام الدعوى ولا يقيده تركها .

وعلى ذلك إذا تدخل شخص تدخلا اختصاميا مطالبا لنفسه بحق مرتبط بالدعوى الأصلية في مواجهة طرفيها ، وترك المدعى دعواه فإن هذا الترك لا يعفيه من ضرورة البقاء في الخصومة باعتباره مدعى عليه للمتدخل ، هذا إاّ كانت المحكمة مختصة بطلب المتدخل من جميع الوجوه .

وإذا اختصم شخص بناء على طلب أحد طرفي الخصومة كان في حكم المدعى عليه ، فإذا لم يحصل الترك في مواجهته اعتبرت الخصومة قائمة بينهما أما من تدخله المحكمة في الدعوى من تلقاء نفسها خشية أن يضار من قيامها عملا بالمادة ١١٨ ، فتكون له بحسب الأحوال صفة المدعى أو المدعى عليه ، وتراعى بصدده القواعد المتقدمة . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

وترتد آثار الترك الى وقت إبدائه دون نظر الى وقت الحكم به ويترتب على ذلك عدم قبول التدخل في الخصومة الذي يتم خلال الفترة بين إبداء طلب الترك وبين قرار القاضي بقبوله (والي بند ٣٢٧ - راغب ص٤٢٧)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نصوص المواد ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ من قانون المرافعات أن ترك الخصومة هو تنازل أو إسقاط لها يترتب عليه زوالها وتتحقق آثاره القانونية بمجرد إبدائه دون توقف على صدور حكم به فلا يمنع من ترتيب هذه الآثار تراخي القاضي في الحكم بإثبات الترك إذ هذا الحكم ليس قضاء في خصومة بل هو مجرد إعلان من القاضي بنقض يده في الدعوى .. ، وإذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الثالث قد أبدى دعواه الفرعية بطلب الحكم بطرد الطاعنين من أطيان النزاع بعد أن كانوا قد قرروا بترك الخصومة في دعواهم الأصلية بجلسة ١٩٨٣/١٠/١٧ ومن ثم فإن محكمة أول درجة إذ انتهت الى القضاء بإثبات ذلك الترك واعتبرت أن الدعوى الفرعية مازالت قائمة رغم ذلك وتصدت للفصل فيها وحكمت بطرد الطاعنين من أطيان النزاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ سايرها في هذا النظر الخاطئ وقضى بتأييد الحكم المستأنف يكون قد أخطا في تطبيق القانون " (١٩٨٥/١٢/١٧ طعن ٢٣٥ لسنة ٥٥ق - م نقض م - ٣٦ - ١١٣٢)

ويترتب على ترك الخصومة بعد الميعاد المحدد لتقديم الطلب موضوع الدعوى سقوط الحق في هذا الطلب :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الطالب تقدم بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٢٨ بهذا الطلب للحكم بإلغاء قرار المجلس الأعلى للهيئات القضائية برفض طلب اعتباره غير مستقيل من وظيفته القضائية مع ما يترتب على ذلك من آثار ، ووردت منه بتاريخ ١٩٨٤/٩/١٠ مذكرة طلي فيها اعتبار هذا الطلب كأن لم يكن ، ثم عاد الى العدول عن ذلك متمسكا بطلبه وكان ما أبداه الطالب في تلك المذكرة من تركه الخصومة في الطلب قد تم بعد انقضاء الميعاد المقرر لتقديم الطلب خلاله طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ من قانون السلطة القضائية مما يتضمن بالضرورة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة نزولا عن حقه في الطلب ، فإنه لا يقبل منه العودة الى التمسك بما أسقط حقه فيه ويتعين بالتالي الحكم بإثبات ترك الخصومة " (١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٩٩ لسنة ٥٣ق - م نقض م - ٣٦ - ٣٥)

والترك يترتب عليه زوال إجراءات المعارضة لكنه لا يمس الحكم الغيابي إذا كان قطعيا ، ولا يمتنع على التارك تجديد الطعن في الحكم بالمعارضة إذا كان ميعادها مازال ممتدا ، وفي هذا يختلف الترك عن سقوط الخصومة .

وإذا أعلن الحكم الغيابي بعد ستة أشهر من تاريخ صدوره وطعن فيه بالمعارضة ، وتمسك الطاعن في الصحيفة باعتبار الحكم الغيابي كأن لم يكن ، فترك الخصومة في المعارضة يزيل إجراءات الخصومة برمتها ولا يتصور قيام ذلك الحكم لأنه سقط واعتبر كأن لم يكن عملا بنص المادة ٣٩٣ قبل الترك . (أبو الوفا ، مرجع سابق).

أما ترك الخصومة في الاستئناف الأصلي فيترتب عليه بطلان الاستئناف الفرعي (١٩٧٦/١١/٢٩ طعن ٨٤٥ سنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٧ - ١٧٠٧) وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الاستئناف ولكن ذلك لا يمس الحكم المستأنف (١٩٨٢/١١/٢٤ طعن ٢٦٦ سنة ٤٣ق) ويصبح حكم أول درجة نهائيا غير قابل للطعن (١٩٨٢/١١/٢١ طعن ٦٨٠ سنة ٤٦ق) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

وإذا كان الترك مقترنا بالاحتفاظ بالحق في الاستئناف وقبل المستأنف عليه هذا الترك ، فيجوز للمستأنف تجديد الاستئناف إذا كان ميعاده مازال ممتدا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان المستأنف قد قرر قبل العمل بقانون المرافعات الجديد (السابق) ترك المرافعة في استئنافه الأصلي فيكون نص المادة ٣٠٩ من قانون المرافعات القديم هو الذي يحكم الآثار التي ترتبت على هذا الترك لا نص المادة ٤١٥ من قانون المرافعات الجديد (السابق) ذلك أن ترك المرافعة وفقا لقانون المرافعات القديم تنازل أو إسقاط تتحقق آثاره القانونية بمجرد التصريح به دون حاجة الى قبول الخصم أو صدور حكم به فلا يعوق هذه الآثار تراخي القاضي في تقريره ثبوت الترك إذا هذا التقرير ليس قضاء في خصومة بل هو مجرد إعلان من القاضي ينفض يده من الدعوى بعد إذ انتهت بالتقرير بترك المرافعة .

ولا يسوغ الاستناد الى المادة ٤١٥ من قانون المرافعات الجديد (السابق) لتقرير آثار الترك المرافعة الذي تم قبل العمل به ، ولا يغير من هذا أن تكون الدعوى قد أجلت بعد الترك الى ما بعد العمل بقانون المرافعات الجديد (السابق) - إذ تنص المادة ٢ من هذا القانون على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به فيبقى صحيحا ما لم تنص على غير ذلك ، وإذن فمتى كان الاستئناف الفرعي المرفوع من الطاعنة قد رفع صحيحا وفقا للقانون الساري وقت رفعه وظل كذلك قائما بعد ترك المطعون عليهما استئنافهما الأصلي في ١٩٤٩/١٠/٩ وفقا للمادة ٣٠٨ مرافعات كان الحكم المطعون فيه إذ قضى في ١٩٤٩/١٢/٣١ ببطلان الاستئناف الفرعي عملا بالمادة ٤١٥ جديد (السابق) قد أخطأ في تطبيق القانون . (نقض ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة أحكام الدائرة المدنية ٣ عدد ٢ ص٥٧٧)

وفي حالة التماس إعادة النظر والنقض نجد أن ترك الطاعن الخصومة قبل الحكم بقبول الالتماس أو قبل إلغاء الحكم المطعون فيه سقطت إجراءات الالتماس أو النقض وإنما لا يسقط الحكم المطعون فيه بل يظل قائما ويجوز تجديد الطعن إذا كان ميعاده ما زال ممتدا إنما إذا حصل الترك بعد صدور الحكم بقبول الالتماس أو بعد إلغاء الحكم المطعون فيه سرت القواعد الخاصة بالاستئناف أو بأول درجة بسحب الأحوال لأن الحكم المطعون فيه قد زال من الوجود ، فأمام محكمة الدرجة الأولى يعود الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى وفي الاستئناف يعتبر الحكم الابتدائي انتهائيا . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويلاحظ أنه إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمنا اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم يكن . (م ١٤٤ مرافعات)

ولم يستلزم القانون أن يقع النزول بالطرق التي عددتها المادة ١٤١ بالنسبة الى الخصومة برمتها ، ولا يشترط موافقة الخصم على النزول ، كما لا يلزم وكالة خاصة ، ويصح من أى طرف في الدعوى ، ويترتب على النزول من تاريخ صدوره اعتبار الإجراء أو الورقة كأن لم يكن وكذلك العمل الإجرائي الذي يعتمد على العمل الذي حصل النزول عنه . والي بند ١٠٧).

والنزول عن إجراء من إجراءات الخصومة أو ورقة من أوراقها مع استمرار الخصومة قائمة قد يقع صريحا وقد يكون ضمنيا ، وهو يقع باتا لا يجوز العدول عنه ، وينتج أثره بمجرد إبدائه دون حاجة إلى قبول الخصم الآخر :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مؤدى نص المادة ١٤٤ من قانون المرافعات أنه يجوز للخصم أن ينزل مع استمرار الخصومة عن إجراء من إجراءاتها أو ورقة من أوراق المرافعات دون اشتراط أن يتم هذا التنازل بإحدى الطرق سالفة الذكر أو موافقة الخصم ويترتب على الترك بمجرد إبدائه صراحة أو ضمنا اعتبار الورقة كأن لم تكن ، وأن تناول المشرع حالة ترك إجراء من إجراءات الخصومة مع بقائها قائمة في مادة مستقلة تالية مباشرة للمواد التي تناول فيها حالة ترك الخصومة برمتها يشير إلى الفارق بين هاتين الحالتين من الترك وإلى اختلاف الحكم فيهما وذلك على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات السابق عند تعلقيها على المواد ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١١ من ذلك القانون المقابلة للمواد ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ من قانون المرافعات الحالي كما يبين من نص المادة ١٤٤ المذكورة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان الترك ينصب على إجراء من إجراءات الدعوى فإنه ينتج أثره بمجرد التصريح به لأنه يعد في هذه الحالة نزولا عن حق يتم وتتحقق آثاره بغير حاجة الى قبول الخصم الآخر ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه ويعتبر الإجراء كأن لم يكن " (١٩٧٨/٥/١١ طعن ٨٥٤ سنة ٤٥ق - م نقض م - ٢٩ - ١٢٣٥)

يتعين أن يكون النزول الضمني بعمل أو قول أو إجراء دال على ذلك دلالة لا تحتمل الشك :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النزول الضمني عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دال بذاته على ذلك الحق دلالة لا تحتمل الشك وهو ما لا يتحقق في مجرد تأخير دفع المدين ببطلان إجراءات البيع في المزاد وسكوته عليه وعدم اعتراضه زهاء ما يقرب من سبع سنين " (١٩٨٣/١١/٢٠ في الطعن ١٧٤٧ - ١٧٤٨ - ١٧٥٨ سنة ٥١ق - م نقض م - ٣٤ - ١٦٣٧)

وتنص المادة (١٤٥) مرافعات على أنه " النزول عن الحكم يستتبع النزول عن الحق الثابت به .

والنزول عن الحكم يستتبع بقوة القانون النزول عن الحق الثابت فيه ، سواء نص على ذلك في ورقة التنازل أم لم ينص (١٩٩٢/١/٥ طعن ١٠٧٨ سنة ٥٤ق - ١٩٧٧/٥/٤ - م نقض م - ٢٨ - ١١٤٦) وهو حكم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على التنازل عن الحكم دون الحق الثابت فيه (١٩٨٩/٦/٧ طعن ٨٧١ سنة ٥٧ق) إلا أن الاعتداد بذلك لا يكون إلا في خصومة تطرح على القضاء في شأن هذا الحق في نطاق ولاية المحكمة بالفصل فيه يستوى في ذلك أن يكون التنازل قد تم أمام المحكمة أو بعيدا عنها (١٩٨٣/١١/٢١ طعن ٦٨٥ سنة ٤٦ق)

ويجوز النزول عن الحكم كله أو عن شق منه ، أو بالنسبة الى أحد المحكوم لهم دون الآخرين ويقتصر أثر النزول على ما انصب إليه وينشئ دفعا متعلقا بالنظام العام بعدم قبول الطعن فيما كان محلا للنزول وبعدم قبول الدعوى المبتدأة التي ترفع عن موضوعه ، ويجب أن يكون النزول صريحا فلا يستفاد من مجرد رفع النزاع من جديد الى القضاء مع قيام الطعن عليه . النزول عن هذا الطعن (١٩٦٣/٢/٦ - م نقض م - ١٤ - ٢١٨) ويشترط في المتنازل أهلية التصرف في الحق الثابت بالحكم (أبو الوفا في نظرية الأحكام بند ٤٣٥) ولا يجوز مع النزول عن الحكم الاتفاق على جواز الطعن فيه أو إعادة طرح النزاع من جديد على القضاء أو على التحكيم . (مرجع سابق).

ويترتب على النزول عن الحكم انقضاء الخصومة التي صدر فيا وامتناع تجديد المطالبة بالحق الثابت فيه (العشماوي بند ١١٥٠) ولذلك فإن التنازل عن الحكم الاستئنافي الذي ألغى الحكم الابتدائي يجعل هذا الحكم الأخير قائما ونهائيا .

وإذا تم التنازل عن الحكم المطعون فيه فقد ذهبن محكمة النقض في بعض أحكامها الى أن من مقتضي هذا التنازل أن يصبح الحكم المطعون فيه غير قائم ومن ثم يصبح الطعن المرفوع عنه غير مقبول . (١٩٨٦/٢/١٠ طعن ٦ سنة ٥٤ق)

أحكام النقض :

ترك الخصومة في الدعوى أثره . زوالها بتحقيق آثاره بمجرد إبدائه دون توقف على صدور حكم به . المواد ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ مرافعات . إقامة المطعون ضده الثالث دعواه الفرعية ضد الطاعنين بعد تركهن الخصومة في دعواهم الأصلية تصدي المحكمة للفصل في الدعوى الفرعية برغم قضائها بإثبات ذلك الترك خطأ . (الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٧ نقض ١٩٥٢/٣/٦ س٣ ص٥٥٧)

ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن اعتباره نزولا من الطاعن عن حقه في الطعن تحقق آثار بمجرد حصوله دون حاجة الى قبول الخصم الآخر . عدم جواز عودة المتنازل فيما أسقط حقه فيه قبول الترك من الوكيل شرطه أن يكون مفوضا في التوكيل بالترك . (الطعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢١)

يجب أن يكون ترك الخصومة خاليا من أى تحفظات تهدف الى التمسك بآثارها ، وبالتالي إذا ترك الطاعن الخصومة في الطعن بالنقض بشرط نفاذ عقد البيع المقضي نهائيا بفسخه وجب الحكم بعدم قبول هذا الترك . (نقض ١٩٨٠/٢/٢٥ رقم ٤٦٩ لسنة ٤٠ق)

ترك الخصومة تصرف إرادي فيبطل إذا شابه عيب من العيوب المفسدة للرضا . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ رقم ٣٢ سنة ٤٥ق)

لا يستلزم المشرع شكلا لمذكرة الترك وإنما يجب أن تكون موقعة من التارك أو وكيله وأن يكون بيان الترك واضحا صريحا لا غموض فيه وأن يطلع عليها الخصم وهو ما يتوافر في الإقرار الصادر من الخصم . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ رقم ٣٢ سنة ٤٥ق)

عدم جواز ترك الخصومة من وكيل الخصم الذي لم يفوضه تفويضا خاصا . (نقض ١٩٧٨//٤/٦ رقم ٩٠ سنة ٣٥ق)

يكون ترك الخصومة بالصور التي حددتها المادة ١٤١ ، وهو نص عام ولم يخصصه المشرع بنوع معين من الدعاوى ، ومن ثم يعمل به في صدد دعوى المخاصمة . (نقض ١٩٨٠/١٢/٩ رقم ٤٢ سنة ٤٩ق)

لا يقبل الترك في فترة حجز القضية للحكم إذا قدم في صورة ورقة غير معلنة للخصوم . (نقض ١٩٨٠/١٢/٩ رقم ٤٢ سنة ٤٩ق)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن :

... هناك ثلاث حالات لاعتبار الدعوى كأن لم تكن وهذه الحالات هى :

- الحالة الأولى : اعتبار الدعوى كأن لم تكن لإهمال المدعى في إيداع مستنداته

تنص المادة (٩٩) مرافعات على أنه " تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية .

ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذ أبدى عذرا مقبولا .

ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى عليه بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر بعد سماع أقوال المدعى عليه .

وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعى السير في دعواه خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة ، حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكون .

ويلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع قصد تأكيد سلطة المحكمة في حمل الخصومة على تنفيذ أوامرها بأن نص على أن لها أن تحكم على من يتخلف من الخصوم أو من موظفي المحكمة عن القيان بأى إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حددته له المحكمة بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه ، ويكون ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية ، ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق ولكن للمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا .

وللمحكمة أن توقف الدعوى لمدة ثلاثة أشهر إذا تخلف المدعى عن إيداع مستنداته في الميعاد أو عن تنفيذ أى إجراء كلفته به المحكمة ولا يغير من طبيعة الوقف الجزائي مادام قد قصد به توقيع جزاء على المدعى لتخلفه عن تنفيذ إجراء كلفته به المحكمة أن تسمع المحكمة أقوال المدعى عليه وأن تثبت موافقته على الوقف حتى لا يضار المدعى عليه من الوقف مع أن الوقف هنا جزاء على المدعى ، وينص القانون على منع الطعن في الحكم الصادر بالغرامة سواء من المدعى أو المدعى عليه ، أما الوقف فلم ينص القانون على منع الطعن فيه ولذلك يجوز الطعن فيه من المدعى ومن المدعى عليه إذا لم تكن قد سمعت أقواله أو كانت قد سمعت ولم يوافق على الوقف أما إذا كانت أقواله قد سمعت ووافق فلا يجوز له الطعن فيه لأنه يعتبر بمثابة القابل مقدما لحكم المحكمة بالوقف ، كذلك الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن يجوز الطعن فيه لأن المشرع لم يمنع الطعن فيه وهو يخضع للقواعد العامة في الطعن في الأحكام.

وواضح أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن يحكم به كعقوبة على المدعى المهمل ، ونرى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي به إلا بعد موافقة المدعى عليه ، وإلا امتد أثر العقوبة إليه إذ قد تكون مصلحته معلقة بالفصل في موضوع الدعوى ، وخاصة إذا كان قد أدلى بطلبات عارضة ، ولقد رأينا أن المشرع لم يجز للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه بسقوط الخصومة وذلك تحرجا من الخروج على المبادئ التي ألفناها والتي مقتضاها أن الخصومة لطرفيها ، وهذا الاتجاه يبدو واضحا أيضا في حالة الحم باعتبار الخصومة كن لم تكن عند تغيب المدعى .

وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمره به القاضي ، وتخلف هو وخصمه عن الحضور في الجلسة المحددة لنظرها فلا يجوز للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن وإنما يتعين عليه أن يقضي بشطب القضية .

ويراعى أن الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن أمر جوازى للمحكمة فلا يحق للمدعى أن يتشكى إن هى تناولت الموضوع للفصل فيه على الرغم من إهمال المدعى ، وإنما لمحكمة النقض مراقبة شروط الحكم بالجزاء إذا فقضت به المحكمة .

ويترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال إجراءات الخصومة وزوال الآثار القانونية التي ترتبت على قيامها ، وعودة الخصوم الى مراكزهم القانونية التي كانوا عليها قبل إقامة الدعوى ، وكأن لم ترفع قط .

وإذا انقضت مدة الوقف ولم يعجل قلم الكتاب الدعوى ، ولم يعجلها أحد أطراف الخصومة وانقضت سنة من تاريخ نهاية مدة الوقف التي أمرت بها المحكمة جاز للمدعى عليه أن يطلب إسقاط الخصومة وجدير بالإشارة أن مدة سقوط الخصومة لا تبدأ من وقت الحكم بوقف الدعوى لأن المدعى عليه يكون قي خلال هذه المدة في حالة استحالة قانونية مطلقة تمنعه من موالاة دعواه . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال الخصومة وما ترتب عليها من آثار والحكم هذا لا يصدر إلا في جلسة حددت لنظر الدعوى كأن تكون الدعوى عجلت بعد الميعاد أو في الميعاد ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة .

وإن كان ذلك يؤثر على ما يكون قد صدر من أحكام قطعية ويقبل الحكم الطعن بالطرق المناسبة .

وإنما لا يمس كل هذا أصل الحق المدعى به فيجوز تحديد طلبه بدعوى أخرى ما لم يسقط بالتقادم .

والطعن في الحكم الصادر باعتبار الخصومة كأن لم تكن تطبق بشأنه القواعد العامة مثل الحكم بالوقف فلم ينص القانون على منع الطعن فيه ، بل ترك أمره للقواعد العامة شأن سائر الأحكام التي تصدر بوقف الدعوى باعتباره حكما قطعيا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لما كانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات قد جعلت الأمر في الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن في هذه الحالة جوازيا للمحكمة فإن على المحكمة الاستئنافية إذا ما رفع إليها المحكوم عليه بهذا الجزاء استئنافا من هذا الحكم متظلما منه أن تراجع محكمة الدرجة الأولى في تقديرها له ، إذ أن الاستئناف ينقل الدعوى الى المحكمة الاستئنافية بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف ، مما يقتضي من تلك المحكمة أن تعيد النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها عن ممارسة سلطتها في مراقبة تقدير محكمة الدرجة الأولى بمقولة أنها لا تملك التعقيب على هذا التقدير فإنها تكون قد خالفت القانون " (نقض ١٩٦٥/١١/١١ لسنة ١٦ ص١٠٣٦ ، نقض ١٩٧٧/٤/٢٦ الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٣ق).

الحالة الثانية : اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان المدعى عليه خلال ثلاثة شهور من تقديم صحيفتها لقلم الكتاب:

تنص المادة (٧٠) مرافعات على أنه " يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة الى قلم الكتاب ، وكان راجعا الى فعل المدعى .

يتضح من المادة السابقة أن المحكمة لا تملك الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن إلا إذا كان ذلك بناء على طلب المدعى عليه وذلك شريطة أيضا أن تتحقق المحكمة من أن عدم إعلان المدعى عليه في خلال الأشهر الثلاثة التالية لتقديم صحيفة الدعوى الى قلم الكتاب راجعا الى فعل المدعى ، كما إذا أهمل في تحديد بياناتها مما ترتب عليه عدم إتمام إجراء الإعلان ، وكذلك إذا اختصم اسم خصمه أو عنوانه فترتب على ذلك عدم إمكان إتمام الإعلان ، ولا يلزم أن يكون سيء النية . أما إذا كان عدم الإعلان في الميعاد المتقدم راجعا لقوة قاهرة أو لفعل المدعى عليه ، فبداهة لا يجوز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ .

والجزاء المقرر بهذه المادة لا يتعلق بالنظام العام بل مقرر لمصلحة من لم يتم إعلانه خلال الميعاد إعلانا صحيحا فيكون له وحده التمسك به .

غير أنه متى تمسك صاحب الشأن بالجزاء وحكمت به المحكمة وجب اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لباقي المدعى عليهم ، الموضوع غير قابل للتجزئة . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

يلاحظ أنه إذا حضر المدعى عليه بناء على إعلان باطل تم في خلال الثلاثة شهور فإن هذا الحضور يصحح الإجراء الباطل ويعتبر الميعاد المقرر في المادة قد احترم وإذا أعلن المدعى عليه بإجراء باطل بعد الميعاد فإن حضوره وإن كان يسقط إن في التمسك ببطلان الإعلان إلا أنه لا يسقط الحق في التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ ، وعليه عندئذ أن التمسك بذلك قبل التكلم في الموضوع عملا بالمادة بالقاعدة العامة في الدفوع الشكلية . (الشواربي ، مرجع سابق)

وإذا اختارت المحكمة عدم إجابة المدعى عليه إلى طلبه بالحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٧٠ ، فإن ذلك لا يمنع من الحكم بإسقاط الخصومة بعدئذ عملا بالمادة ١٣٤ ، بسبب عدم السير في الدعوى مدة سنة بفعل المدعى ، على أن تحتسب هذه المدة من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها.

ويجوز نزول المدعى صراحة أو ضمنا أو اتفاقا على عدم التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، متى كان ذلك بعد انقضاء الأجل المقرر في المادة ٧٠ وبعد اكتساب الحق في التمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، وذلك عملا بالقواعد العامة في المرافعات .

ويضاف على الميعاد المتقدم ميعاد مسافة على أساس المسافة بين مقر المحكمة وموطن المراد إعلانه ، على ما قدمناه . (أبو الوفا ، مرجع سابق).

أحكام النقض :

طلب التأجيل لضم المفردات بعد تمسك المستأنف عليه باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداعه الصحيفة لا يفيد تنازله عن هذا الدفع باعتبار الخصومة كأن لم تكن ، (نقض ١٩٨٦/١٢/٢٢ رقم ٢٢٧٢ لسنة ٥٢ق)

المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن ميعاد الثلاثة شهور المنصوص عليها في المادة ٧٠ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ – وهو ميعاد لإجراء تكليف المدعى بالحضور ، ويترتب على عدم القيان به خلاله اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وأن فوات هذا الميعاد دون اتخاذ هذا الإجراء يقطع بذاته في عدم تحقق الغاية منه ، فلا يغني عنه مجرد حضور المدعى عليه أمام المحكمة ما لم يكن من شأن هذا الحضور إزالة بطلان تكليف كان قد أعلن به في الميعاد . (الطعن رقم ١٨٧ س٥١ق جلسة ١٩٨٦/٣/٢٧)

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم إعلان أحد المدعى عليهم في الميعاد القانوني . م٧٠ مرافعات . عدم جواز تمسك غيره من الخصوم بهذا الدفع . (نقض ١٩٧٨/٣/٢١ طعن رقم ٧٧٦ لسنة ٤٤ق)

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفتها إلى قلم الكتاب المنصوص عليه في المادة ٧٠ من قانون المرافعات هو من الدفوع المتعلقة بالإجراءات والتي يجب إبداؤها قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها طبقا لما تقضي به المادة ١٠٨ من قانون المرافعات . (الطعن رقم ١٨٩ س٤٧ جلسة ١٩٨٣/٣/٦)

النص في المادة ٧٠ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه لا يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى ، مفاده أن إيقاع هذا الجزاء – عند توافر شرائطه إنما هو أمر جوازى لمحكمة الموضوع يخضع لمطلق سلطتها التقديرية ولا معقب عليها من محكمة النقض . (الطعن رقم ٦٤٩ س٥٠ جلسة ١٩٨٣/٥/٢٦)

مؤدى نص المادة ٧٠ من قانون المرافعات المعدل بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ ، أن المشرع بعد أن اشترط لتوقيع الجزاء المقرر بهذه المادة أن يكون عدم احترام الميعاد راجعا إلى فعل المدعى ، وألا يوقع هذا الجزاء إلا بناء على طلب المدعى عليه . جعل الأمر في توقيع الجزاء بعد ذلك جوازيا للمحكمة ومتروكا لمطلق تقديرها فلها رغم توافر الشرطين عدم الحكم به إذا قدرت أن هناك عذرا للمدعى فيما فعله أدى إلى عدم احترام الميعاد . لما كان ذلك ، فإن المحكمة إذا استعملت سلطتها التقديرية وقضت برفض الدعوى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فلا يجوز الطعن في حكمها لعدم استعمالها الرخصة المخولة لها بتلك المادة .(طعن رقم ٥٤٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/١/٣١)

من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن الجزاء الوارد بالمادة ٧٠ من قانون المرافعات لا يتعلق بالنظام العام ، بل هو مقرر لمصلحة من لم يتم إعلانه خلال الميعاد إعلانا صحيحا وكان التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن وإيقاع الجزاء بمقتضاه من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات بحيث يتعين إبداؤه قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيه وفق المادة ١٠٨ من قانون المرافعات وكان التكلم في الموضوع المسقط للدفع يكون بإبداء أى دفاع في الدعوى يمس الموضوع أو مسألة فرعية فيها ، وكان مبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أساس صحة إعلان الطاعنة بصحيفة الدعوى وعلى ما ورد بالحكم المستأنف من أسباب أخرى أقرها الحكم المطعون فيه

وكان يبين من الحكم الابتدائي أنه استند في قضاه برفض الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن على ما أورده بمدوناته من أن وكيل الطاعنة حضر بجلسة ١٩٦٩/١٢/٢١ وطلب أجلا لتقديم المستندات ، وأنه يوجد تعديلات على عقد البيع الذي تحت يده فكان هذا الدفع سابقا على إبداء الدفع الذي ورد في المذكرة المقدمة في ١٩٧١/١/٢٣ ومن ثم فقد سقط حق المدعى عليها (الطاعنة) في هذا الدفع ، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض هذا الدفع لإبداء دفاع جوهري في عقد البيع قبل التمسك به فإنه يكون قد التزم صحيح القانون . (الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١/١٩)

حضور المستأنف عليهم بجلسات تالية للجلسة المحددة بورقة الإعلان الباطل بصحيفة الاستئناف دفعهم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن قبل التعرض للموضوع لعدم إعلانهم خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب صحيح . حضورهم لا يحقق الغاية من الإجراء . (نقض ١٩٧٩/٣/١٣ طعن رقم ٨٨ لسنة ٤٦ق)

النص في المادة ٧٠ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ - والتي تحكم واقعة الدعوى - على أنه " يجوز بناء على طلب المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة شهور من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى " ، وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ من أن " التعديل قد ترك للقضاء سلطة تقدير مدعى عدم القيام بإجراءات الإعلان من عدمه وتقدير الظروف التي أدت إلى تأخير الإعلان بحيث أتاح النص للقضاء جواز توقيع هذا الجزاء إذا قامت الأسباب الموجبة لاتخاذ الإجراء ، فالأمر أصبح جوازيا على قدر جسامة التقصير وقدره " ، يدل على أن المشرع إذ جعل هذا الجزاء جوازيا - بعد أن كان وجوبيا وتطلب أن يترك للقاضي فرصة الموازنة بين جسامة تقصير المدعى الذي أدى إلى عدم إعلان الصحيفة في الميعاد وجسامة النص الذي يناله من توقيع هذا الجزاء عليه . (طعن رقم ٦٦٤ س٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/١٨)

لما كان النص في المادة ٧٠ من قانون المرافعات بعد تعديله بالقانون رقم ٧٥ سنة ١٩٧٦ على أنه " يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، وكان ذلك راجعا إلى فعل المدعى " ، يدل على أن المشرع بعد أن اشترط لتوقيع الجزاء المقرر بهذه المادة أن يكون عدم احترام ميعاد الإعلان راجعا إلى فعل المدعى ، وإلا يوقع هذا الجزاء إلا بناء على طلب المدعى عليه ، جعل الأمر في توقيع الجزاء بعد ذلك جوازا للمحكمة ليكون لها سلطة الموازنة بين مصلحة المدعى عليه في توقيعه وبين مصلحة المدعى في عدم توقيعه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رأى في حدود السلطة التقديرية للمحكمة أن عدم تمام الإعلان في الميعاد كان راجعا إلى فعل الطاعن ، واستدل على ذلك من اختلاف في موطن الطاعن في عقود عمله وبطاقته العائلية وعدم بيان إياه في صحيفة افتتاح الدعوى وتجهيل الابن لموطن أبيه الطاعن ، وإذا كان ما أورده الحكم في هذا الشأن سائغا ويؤدي إلى ما خلص إليه من إرجاع عدم الإعلان في الميعاد إلى فعل الطاعن ويكفي لحمل قضائه الذي جاء متفقا وصحيح القانون بالنسبة لرفض الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم تكن ، فإنه لا يعيب الحكم بعد ذلك ما تزيد إليه من القول بزوال العيب الذي لحق إعلان الطاعن بحضوره إذا لم يكن هو الدعامة التي حمل عليها الحكم قضاءه برفض الدفع المذكور ، ومن ثم يكون ما ذهب إليه الطاعن في أسباب النعى على غير أساس . (طعن ١٩٨٤/٤/٢٩ ، وطعن ١٢٤٠ لسنة ٥٠ق).

الحالة الثالثة : اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا ظلت مشطوبة ستين يوما دون أن يطلب أحد الخصوم السير فيها :

تنص المادة (٨٢) مرافعات على أنه " إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها ، وإلا قررت شطبها فإذا بقيت مشطوبة ستين يوما ، ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن .

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن : تضمن المشروع في المادة ٨٢ منه قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تغيب المدعى أو المدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها ، وذلك إذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم فيها ، وإلا قررت المحكمة شطبها .

وهدف المشرع من هذا النص ، تفادي تراكم القضايا أمام المحاكم ، لأنه مادام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها ولو تغيب الخصومة ، على أنه من البديهي أن المقصود من عبارة (حكمت المحكمة في الدعوى) أن المحكمة تنظر الدعوى وتحكم فيها سواء في نفس الجلسة أو جلسة لاحقة إذا اقتضى الأمر تأجيل الدعوى .

وقد رأى المشرع تقصير المدة التي تبقى فيها الدعوى قائمة بعد شطبها من ستة أشهر إلى ستين يوما لتحفيز الخصوم على تعجيل السير فيها منعا لتراكم الدعاوى أمام القضاء .

والمقصود من شطب الدعوى ليس إلغاؤها وزوال آثارها القانونية المترتبة عليها وإنما المقصود من الشطب هو استبعادها من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقائها وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها ، وألا تنظر الدعوى بعد ذلك إلا بإعلان جديد للحضور يوجهه أحد الخصوم إلى الخصم الآخر .

وإذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد الخصومة السير فيها اعتبرت كأن لم تكن بقوة القانون وبغير حاجة إلى استصدار حكم بذلك .

وللمدعى عليه أن التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا عجل المدعى دعواه بعد انقضاء هذه المدة أو عند مطالبته بحق يخوله أثر من آثار قيام الخصومة التي اعتبرت كأن لم تكن . (الشواربي ، مرجع سابق)

وعلى شطب الدعوى عند تخلف طرفيها عن الحضور هى افتراض الشروع في الصلح بينهما فلا يكون هناك محل للفصل في موضوعها .

وعلى عدم النص على اعتبار الخصومة كأن لم تكن في هذه الحالة هى احتمال عودة طرفيها إليها إذا فشل الصلح بينهما . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

يشترط لجواز صدور قرار بشطب الدعوى توافر ثلاثة شروط مجتمعة :

أولا : غياب المدعى بتخلفه عن الحضور – سواء في أول جلسة محددة لنظر الدعوى أو أية جلسة تالية ويعتبر المدعى غائبا إذا لم يحضر بشخصه أو بوكيل عنه بموجب توكيل رسمي أو مصدق عليه سواء كان توكيلا عاما يخوله الحضور عن الموكل في جميع القضايا أو توكيلا خاصا قاصرا على الدعوى المعنية فإذا لم يثبت الوكيل الحاضر عن المدعى وكالته عنه على هذا النحو اعتبر المدعى غائبا . (١٩٨٦/٦/٢٥ طعن ١٠٠٦ سنة ٥١ق).

ثانيا : غياب المدعى عليه بأن لا يحضر بشخصه أو بوكيل عنه يثبت وكالته بموجب محرر رسمي أو مصدق على توقيعه وسواء كان توكيلا عاما في كل القضايا أو خاصا بالقضية المعنية فإن لم يثبت وكالته على هذا النحو اعتبر المدعى عليه غائبا .. ويستوي أن يكون المدعى عليه قد أعلن بالجلسة التي تغيب فيها المدعى أو لم يعلن ، علم بها أو لم يعلم لأن الشطب جزاء مقرر ضد المدعى لتخلفه عن الحضور وعدم موالاة السير في دعواه ، وإذا انسحب المدعى عليه بعد حضوره حين تبين عجم حضور المدعى فإن انسحابه يأخذ حكم عدم حضوره فيعتبر غائبا غير أنه إذا بادرت المحكمة فقررت شطب الدعوى ثم حضر المدعى قبل انتهاء الجلسة فإن قرار الشطب يعتبر كأن لم يكن عملا بالمادة ٨٦ من قانون المرافعات بما يوجب عليها تأجيل الدعوى مع تكليف المدعى إعلان المدعى عليه بالجلسة التي تحددها لنظر الدعوى .

ثالثا : ألا تكون الدعوى صالحة للفصل فيها ذلك أن المادة ٩١ من التقنين السابق كانت تستوجب على المحكمة شطب الدعوى إذا تغيب الطرفان أو حضر المدعى عليه وحده ولم يبد طلبات ما ، ولكن التقنين الحالي الصادر بالقانون ١٣ سنة ١٩٦٨ في المادة ٨٢ أوجب على المحكمة الفصل في الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها ولو تغيب الطرفان أو حضر المدعى عليه وحده وأبدى دفاعه في الدعوى بل ولو طلب الأخير في غيبة المدعى شطب الدعوى (١٩٨٨/٣/١٦ طعن ٨٥٢ سنة ٥١ق) ولا يستثنى من ذلك سوى حالة إبداء المدعى عليه طلبا عارضا إذ في هذه الحالة لا يقف عند موقف الدفاع في الدعوى وإنما يجاوز ذلك إلى اتخاذ موقف المدعى في دعواه الفرعية بما يوجب تأجيل الدعوى ليعلن المدعى بطلبه العارض أما إذا وقف عند طلب رفض الدعوى ولو اقترن ذلك بإيراد دفاعه الذي يستند إليه في هذا الطلب فإنه لا يعتبر طلبا عارضا ومن ثم لا يوجب على المحكمة تأجيل الدعوى ويكون لها أن تفصل في الدعوى في غيبة المدعى (١٩٩٢/٥/١٣ طعن ١٢٨ سنة ٥٨ق - ١٩٨٩/٥/٣ طعن ١٥٨٩ سنة ٥٢ق - ١٩٨٧/١١/١٨ طعن ٢٥١٩ سنة ٥٢ق ، طعن ١٢٧٠ سنة ٥٤ق - ١٩٨٥/٥/٢٧ طعن ٤٣٤ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٦ - ٨٢٢ - ١٩٨٤/٣/٢٦ طعن ٦٦٣ سنة ٤٨ق - ١٩٧٦/٥/١٩ - م نقض م - ٢٧ - ١١٢٣)

وتعتبر الدعوى صالحة للفصل فيها متى كان الخصوم قد أبدوا بالفعل دفاعهم في الدعوى أو أن يكونوا قد أتيحت لهم فرصة إبداء الدفاع ولو لم يبدوه (والي بند ٣١٣ - وقارن أبو الوفا في التعليق وفي المستحدث في قانون المرافعات حيث يرى أنه إذا تخلف المدعى عليه عن حضور جميع الجلسات ولم يقدم مذكرة بدفاعه فلا تكون الدعوى صالحة للفصل فيها ولو كان قد أعلن لشخصه وهو رأى يفتقر إلى السند القانوني إذ أن المادة ٦٥ تتيح تهيئة الدعوى للفصل فيها قبل بدء المرافعة ، ثم هو رأى يودى بفاعلية النص ويمكن المدعى عليه من تعطيل الفصل في الدعوى خاصة بعد إلغاء الأحكام الغيابية والاكتفاء بإعلان المدعى عليه لشخصه أو إعادة إعلانه) .

أما المدعى عليه فتعتبر الدعوى بالنسبة إليه صالحة للفصل فيها إذا كان قد أعلن لشخصه ، أو لم يعلن لشخصه ولكن أعيد إعلانه ، أو لم يعلن لشخصه ولم يكن لازما إعادة إعلانه كما لو كان شخصا اعتباريا (م٣/٨٤ معدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢) أو كانت الدعوى أو الطلب من الدعاوى أو الطلبات المستعجلة (طعن ١٠٠٦ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٥ - ١٢٣٥ - ١٩٨٣/٢/٢ طعن ٧٩٢ سنة ٤٨ق - م نقض م - ٣٤ - ٣٨٩).

ومتى توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة شطب الدعوى ، ولكن إصدار قرارها بالشطب يظل جوازيا لها خاضعا لتقديرها فتملك رغم توافر هذه الشروط الاستمرار في نظر الدعوى والحكم فيها (١٩٨٥/٥/٢٧ طعن ٤٣٤ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٦ - ٨٢٢) إذ المقرر أنه متى تم إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب وتم انعقاد الخصومة فيها وسلمت الإجراءات من البطلان قامت الخصومة أمام المحكمة فلا يبطلها أو يسقطها أو يمنع المحكمة من الفصل فيها مجرد غياب الخصوم أو عدم صحة تمثيلهم (١٩٨٤/٣/٢٨ طعن ١٥٠ سنة ٤٩ق - م/١٩٨١/٥ طعن ٧٣١ سنة ٣٠ق - م نقض م - ٣٢ - ١٣٨٢ - ١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ١٥٠ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٤ - ١٠٩٩ - ١٩٨٨/٣/١٦ طعن ٥٨٢ سنة ٥١ق) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ونلاحظ أنه على الرغم من أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن هو مقرر في الأصل لمصلحة المدعى عليه نظرا لما أبداه خصمه من إهمال يفصح عن عدم جدية دعواه .

ولا يجوز أن يتنازل المدعى عليه مقدما عن حقه المكتسب في اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، كنا أنه لا يجوز أن يتناول اتفاق الخصوم تعديل الميعاد بالإطالة أو بالتقصير لأن هذا الاتفاق أو ذلك التنازل لا يؤمن معه الاعتساف ، وإنما من الجائز النزول عن الحق المكتسب في اعتبار الخصومة كأن لم تكن بعد انقضاء الأجل . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

وقد يقوم المدعى عليه بتجديد السير في الدعوى بتصديه لتحديد جلسة لنظر الدعوى وإعلان المدعى بصحيفة التجديد ، وقد يكون ذلك بقصد موالاة السير في الدعوى أو بقصد الحكم باعتبارها كأن لم تكن جزاء عدم تجديد المدعى للسير فيها ، فإن انتهى في صحيفة التجديد إلى طلب موالاة السير في الدعوى والحكم فيها استأنفت الدعوى سيرها بتمام إعلان صحيفة التجديد سواء تم هذا الإعلان خلال الستين يوما أو بعد انقضاء هذا الميعاد لأنه مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه ، أما إذا انتهى في صحيفة التجديد إلى طلب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن جزاء على عدم قيام المدعى بتجديدها فإن كانت صحيفة التجديد قد أعلنت بعد الميعاد اعتبار إعلانه للمدعى بها تمسكا منه بجزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن بما يوجب القضاء به إن توافرت موجباته أما إذا كانت صحيفة التجديد قد أعلنت قبل فوات الميعاد فلا تنتج أثرها في هذا الشأن فإن قام المدعى بتجديد السير في الدعوى وأعلن المدعى عليه بصحيفة التجديد بعد الميعاد وجب على المدعى عليه أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن دون أن يغنيه ما أثاره من ذلك في الصحيفة المعلنة منه إلى المدعى قبل الأوان لأن العبرة في صحة الدفع أن يكون قد استوفى مقوماته وقت التمسك به . (أنور طلبة في التعليق)

يترتب على تجديد الدعوى من الشطب ، موالاة السير في الدعوى :

يستوي في ذلك أن يتم التجديد من المدعى صحيحا في الميعاد ، أو أن يتم من المدعى باطلا أو بعد الميعاد ، ولكن لا يتمسك المدعى عليه باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو يسقط حقه في التمسك بهذا الجزاء ، كما يستوي أن يتم التجديد من المدعى عليه بطلب السير في الدعوى سواء تم إعلان صحيفة التجديد في الميعاد أو بعد الميعاد ، وتعاود المحكمة نظر الدعوى من النقطة التي كانت قد وقفت عندها بقرار الشطب ، ومن ثم يتعين عليها أن تعرض لما سبق أن أبداع الخصوم قبل صدور هذا القرار من طلبات ودفوع وأوجه دفاع دون حاجة لإعادة إبدائها أو التمسك بها وذلك ما لم يثبت تنازل صاحب المصلحة فيها صراحة أو ضمنا (١٩٩٠/١٠/٣٠ طعن ١٧١٨ سنة ٥٤ق - ١٩٨٤/٣/٢٨ طعن ٤٣٤ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٥ - ٨٧٠)

فإذا كانت الدعوى عند صدور قرار الشطب لم يسبق إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه وجب بعد تجديدها من الشطب تأجيل الدعوى لإعلان صحيفتها إليه إلا إذا تضمنت صحيفة التجديد بيانات صحيفة الدعوى أو حضر المدعى عليه في الجلسة المحددة في صحيفة التجديد على نحو يعتد به في انعقاد الخصومة (١٩٨٩/١١/١٠ طعن ١٦٩ سنة ٥٤ق) وإذا كانت صحيفة الدعوى سبق إعلانها إلى المدعى عليه ولكنه لم يسبق له الحضور وكانت الدعوى مما يجب فيها إعادة الإعلان وجب تأجيل الدعوى لإعادة الإعلان حتى ولو كانت صحيفة التجديد أعلنت لشخصه ما لم يتضمن كامل بيانات الدعوى سيرها على النحو السالف فلا يجوز إجابة طلب اعتبارها كأن لم تكن (١٩٨٦/٣/٢٥ طعن ٤ سنة ٥٥ق) أما إذا لم يتم تجديد الدعوى من الشطب على النحو الصحيح السالف فإنه يجوز الحكم باعتبارها كأن لم تكن .

وإذا تم تجديد السير في الدعوى صحيحا بالنسبة إلى بعض المدعى عليهم دون الآخرين فيكون لمن لم تكن بالنسبة إليه ، فإن كان موضوع الدعوى مما لا يقبل التجزئة امتد الجزاء إلى سائر المدعى عليهم وإلا اقتصر أثره على من تمسك بالجزاء ممن لم يتم إعلانهم صحيحا في الميعاد . أما إذا تعدد المدعون وقام البعض بتجديد السير في الدعوى دون الآخرين فيرى البعض أن هؤلاء الأخيرين يستفيدون من التجديد الذي قام به زملاؤهم (سيف ص٥٤٢)

وجزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن سبب عدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد لا تتعلق بالنظام العام ويعتبر من الدفوع الشكلية ، ولكنه يقع بقوة القانون :

فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول بحضور المدعى عليه عند نظر الدعوى من جديد ولإبدائه دفعا شكليا وإنما يزول إذا تنازل عنه صراحة ، أو إذا أجاب عن الدعوى بما يدل على اعتبار إجراءاتها صحيحة ، وذلك عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٢ من قانون المرافعات والتي تنص على زوال البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا .

وهذا البطلان مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده ، فلا يجوز أن يستفيد منه المدعى بمعنى أنه إذا عجل المدعى عليه الدعوى بعد ستين يوما من تاريخ شطبها ، فلا يجوز للمدعى أن يتمسك باعتبار الخصومة كأن لم تكن عملا بالمادة ٢١ مرافعات .

وإذا أثير دفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها خلال ستين يوما من تاريخ شطبها وتمسك المدعى أو المستأنف بأنه لم يكن يعلم تاريخ الجلسة التي شطبت فيها الدعوى لانقطاع تسلسل الخصومة ، كأن كانت الدعوى قد أجلت إداريا ولم يعلن بالجلسة التي حددت نظر الدعوى ، أو كان قلم الكتاب قد عرض الدعوى خطأ بجلسة أخرى خلاف الجلسة المحددة نظر الدعوى ولم يعلن بها فإنه يتعين على المحكمة أن تبحث هذا الدفاع فإن استبانت لها أن قرار الشطب وقع باطلا رفضت الدفع ولا يعتبر ذلك فيها عدولا عن رأيها لأن قرار الشطب ليس حكما .

وإذا تعدد المدعى عليهم وتغيبوا جميعا مع المدعى فقررت المحكمة شطب الدعوى ثم عجلها بالمنسبة لأحد المدعى عليهم قبل مضى ستين يوما ولم يعجلها بالنسبة للباقين إلا بعد مضى ستين يوما ، فإن لباقي المدعى عليهم أن يتمسكوا باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لهم ولا يمنعهم من ذلك تعجيل الدعوى في الميعاد بالنسبة للمدعى عليه الأول ، لأنه إذا صح أن يفيد الخصم من عمل قام به أحد زملائه في الخصومة ، فإنه لا يصح أن يضار بعمل اتخذ في مواجهة زملائه .

وإذا تعدد المدعون وتغيبوا جميعا مع المدعى عليه فقررت المحكمة شطبها ، وقبل مضى ستين يوما عجلها أحد المدعين ولم يعجلها الباقين إلا بعد مضى ستين يوما ، فلا يجوز للمدعى أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لمن تأخر من المدعيين في تعجيل الدعوى ، وإنما يفيد هؤلاء المدعون من تعجيل زميلهم الدعوى قبل فوات المدة التي تعتبر الدعوى بعدها كأن لم تكن . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

سقوط الحق في التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن :

فهذا البطلان لا يلحق ذات ورقة التكليف بالحضور فلا يزول لمجرد حضور من شرع لمصلحته ، وإنما يزول إذا نزل عنه أو إذا أجاب عن الدعوى بما يدل على اعتبار إجراءاتها صحيحة - أى إذا تعرض للموضوع وذلك عملا بالقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٢ وفي المادة ١٠٨ ، ولما كان هذا الجزاء مقررا لمصلحة المدعى عليه وحده - فلا يجوز أن يستفيد منه المدعى بمعنى أنه إذا عجل المدعى عليه الدعوى بعد ستين يوما من تاريخ شطبها فلا يجوز له أن يتمسك باعتبارها كأن لم تكن ، كما لا يجوز - من باب أولى - أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا عجلها أحد الخصوم ،ويسقط الحق في الإدلاء بالدفع المتقدم مجرد إبداء أى دفع يتصل بالإجراءات عملا بصريح المادة ١٠٨.

ويجوز الطعن في الحكم الصادر باعتبار الخصومة كأن لم تكن بطرق الطعن المناسبة عملا بالقواعد العامة ، مع ملاحظة أن الحكم برفض طلب اعتبار الخصومة كأن لم تكن أو بعدم قبوله لإبدائه بعد التكلم في الموضوع لا يجوز الطعن فيه إلا بعد صدور الحكم في الموضوع عملا بنص المادة ٢١٢ لأنه من الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة كلها . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

وقرار الشطب لا يعتبر حكما فلا يجوز الطعن فيه على استقلال بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام ، ولكن يجوز لذي الشأن عند تجديد الدعوى من الشطب أن يتمسك ببطلان قرار الشطب تخلصا من ميعاد التجديد المنصوص عليه في المادة ٨٢ مرافعات إذ يجوز في حالة بطلان قرار الشطب تجديد الدعوى دون التقيد بميعاد الستين يوما المنصوص عليه فيها (١٩٨٥/٥/٢٧ طعن ٤٣٤ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٦ - ٨٢٢) وتخلصا من جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن سواء لعدم التجديد في الميعاد أو لعدم الحضور بعد تجديد السير فيها من شطب سابق ، ويتعين على المحكمة أن تقول كلمتها في هذا الدفاع وإلا كان حكمها باطلا بما يجيز لصاحب الشأن الطعن عليه لهذا السبب (١٩٨٤/٣/٢٨ طعن ٤٣٤ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٥ - ٨٧٠ - ١٩٨١/٣/١٩ طعن ٤٥٢ سنة ٤٨ق - م نقض م - ٣٢ - ٨٨١)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " قرار الشطب ليس حكما ولا يجوز استئنافه على استقلال إلا مع الحكم المنهي للخصومة كلها عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات وإذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضده المتظلم لم يعلن بالجلسة المحددة لتظلمه بعد إحالته والتي صدر فيها قرار المحكمة بشطب دعواه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه من رفض الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن وبسقوطها وبانقضائها يكون قد طبق صحيح القانون "

وتجدر الإشارة إلى أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن لا يمس أصل الحق ، ولا الإقرارات والتنازلات الصادرة عنهم ، كما لا يمس الإنذارات وسائر الإجراءات المتبادلة بينهم مادامت لا تتعلق بهذه الخصومة المعتبرة كأن لم تكن ، ولا تعد من إجراءاتها . (أبو الوفا ، مرجع سابق).

وميعاد الستون يوما يضاف إليه ميعاد مسافة ويمتد بسبب العطلة الرسمية وطلب السير في الدعوى بعد شطبها لا يتم إلا بإعلان صحيفة التعجيل خلافا لرفع الدعوى التي تعتبر بمجرد تقديكم صحيفتها لقلم الكتاب ومن ثم يتعين أن يتم إعلان طلب السير في الدعوى خلال الستين يوما .

والدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب خلال الميعاد ، وإن كان شطبها يسقط بالتعرض الموضوع ، إلا أن هذا الحكم قاصر على الدعوى التي قضى شطبها ، فإذا جددها المدعى بعد الميعاد وجب على المدعى عليه التمسك باعتبارها كأن لم تكن قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه في الدعوى .

أما إذا أقام المدعى دعوى جديدة بذات الطلبات دون تجديد الدعوى السابقة جاز للمدعى عليه التمسك في هذه الدعوى الجديدة باعتبار الدعوى الأولى كأن لم تكن ولو كان قد تعرض للموضوع ، وتظهر أهمية ذلك فيما لو أقيمت الدعوى الأولى قبل انقضاء مدة تقادم الحق موضوع الدعوى في حين أن الدعوى الجديدة قد أقيمت بعد انقضاء هذه المدة ، فلما دفع المدعى عليه بالتقادم تمسك المدعى بأثر الدعوى الأولى في قطعه ، فيستطيع المدعى عليه في هذه الحالة أن يتمسك باعتبار الدعوى الأولى كأن لم تكن بما يزيل أثرها يف قطع التقادم .

ويترتب على القضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن نفس الآثار التي تترتب على سقوط الخصومة فتزول إجراءاتها عدا الأحكام القطعية والإجراءات السابقة على هذه الأحكام . (الشواربي ، مرجع سابق)

وإذا قام المدعى بتجديد دعواه فعليه إثبات قيامه بذلك ولا يتم ذلك إلا بأن يقدم إلى المحكمة في الجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد التجديد صحيفة التجديد معلنة في الميعاد فإن لم يفعل سرت في شأنه الآثار المترتبة على عدم تجديد الدعوى من الشطب في الميعاد وإن كان يجوز للمحكمة إمهاله لتقديم الصحيفة إن كان قد عاقه عن تقديمها عذرا كما يجوز لها إمهاله لإتمام إعلانها إذا لم يكن إعلانها قد تم ، وكان ميعاد التجديد لم ينقض بعد ، فإذا قام المدعى صحيفة التجديد معلنة إلى المدعى عليه وجب السير في الدعوى ، ما لم يعترض المدعى عليه ويتمسك ببطلان إعلانه بها أو بعدم إتمامه في الميعاد مع طلب اعتبارها كأن لم تكن ففي هذه الجلسة تتصدى المحكمة للفصل في دفوعه فإن وجدتها صحيحة قضت له بها وإلا رفضتها واستمرت في السير في الدعوى .

وإذا لم يحضر الطرفان بالجلسة المحددة في صحيفة التجديد أو حضر المدعى عليه وحده وأعلن انسحابه لعدم حضور المدعى أو طلب الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن وجب على المحكمة القضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن مع مراعاة شروط إعمال هذا الجزاء وكذلك الشأن إذا حضر المدعى ولم يقدم أصل صحيفة التجديد معلنة في الميعاد ولم تر المحكمة إمهاله لتقديمها وكان ميعاد التجديد قد انقضى ولم يحضر المدعى عليه أو حضر وطلب توقيع الجزاء . أما إذا حضر المدعى عليه وأقر بتمام إعلانه بصحيفة التجديد خلال الميعاد أو طلب الحكم في موضوع الدعوى فإنه يتعين في موالاة السير في الدعوى والفصل فيها إذ يكون من الإغراق في الشكليات التمسك بعدم إتمام التجديد لعدم تقديم صحيفة التجديد معلنة في الميعاد ، فضلا عن تحقق ما استهدفه المشرع من حث الأطراف على موالاة السير في الدعوى كما أن تمام الإعلان صحيحا في الميعاد مقرر لصالح المدعى عليه يضاف إلى ذلك ما كشف عنه اتجاه المشرع في إضافة الفقرة الأخيرة من المادة ٦٨ التي جعلت حضور المدعى عليه بديلا عن إعلانه بصحيفة افتتاح الدعوى في انعقاد الخصومة ابتداء .

ويجوز للمحكمة عند موالاة السير في الدعوى بالجلسة المحددة في صحيفة التجديد أن تتصدى للفصل في الدعوى ولو لم يطرأ على الدعوى جديد دون أن يعوقها عن ذلك أية دلالة لقرار الشطب الذي سبق أن أصدرته والذي يفترض ألا يصدر إلا إذا كانت الدعوى غير صالحة للفصل فيها إذ أن قرار الشطب لا يعتبر حكما فلا يحوز حجية الأمر المقضي ولا تنتهي به ولاية المحكمة في تقدير صلاحية الدعوى للفصل فيها .

وتجدر الإشارة إلى أن جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن يتعين توقيعه في الجلسة التي تحقق فيها التخلف الموجب لتوقيعه فإذا فات المحكمة ذلك وقررت بدلا منه شطب الدعوى ، امتنع عليها بعد تجديد الدعوى الشطب أن تقضي باعتبارها كأن لم تكن استنادا إلى ذات واقعة التخلف إذ فضلا عن انتهاء ولايتها بالنسبة إلى هذه الواقعة ، فإن جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن مقرر على تكرار التخلف وليس تكرار الشطب .

ويترتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن سواء لعدم تجديدها من الشطب خلال ستين يوما أو للغيب عن الجلسة التي حددت لتجديد السير فيها ، ذات الآثار التي تترتب على الحكم ب سقوط الخصومة فتلغى جميع إجراءات الدعوى بما فيها صحيفة افتتاح الدعوى وإجراءات إيداعها وما أبدى أثناء نظرها ويزول ما ترتب على إيداع الصحيفة أو إعلانها من آثار كقطع التقادم أو سريان الفوائد أو زوال حسن النية وتعود الأمور كلها إلى ما كان قد صدر في الدعوى حكم قطعي فرعي حسم النزاع في بعض الطلبات فإنه يبقى فلا يتناوله الإلغاء ومن ثم لا يتناول الإلغاء ما سبقه من إجراءات ومنها صحيفة الدعوى وإيداعها وإعلانها ، كما أنه وإن كانت أحكام الإثبات تزول باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا أنه يجوز الاعتماد على ما تم نفاذا لها من تحقيق أو خبرة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم تجديدها من الشطب في الميعاد ، ذات الآثار التي تترتب على الحكم بسقوط الخصومة المنصوص عليها في المادة ١٣٧ باعتبار أنهما لونان من ألوان الجزاء قررهما المشرع لحكمه واحدة وهى تقصير المدعى في موالاة السير في الدعوى وحثه على متابعة إجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم الأمر الذي يقتضي توحيد الأثر المرتب على الإجراءين ، ومن ثم يترتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن وكالشأن في سقوط الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى عدا الأحكام القطعية الصادرة في الدعوى والإجراءات السابقة عليها إذ أجاز المشرع للخصوم التمسك بها ما لم تكن باطلة في ذاتها والحكم القطعي هو الذي يضع حدا للنزاع في جملته أو جزء منه أو في مسألة فرعية عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته " (١٩٨٤/٥/٢٠ طعن ٦٠/١١٧٥ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٥ - ١٣٦٥ - ١٩٨٢/١١/١٧ طعن ٢٦٦ سنة ٤٦ق - ١٩٧٥/١٢/٢٢ - م نقض م - ٢٦ - ١٦٤٦)

أحكام النقض :

إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله ويخضع التراخي في اتخاذ الإجراء خلال الميعاد للآثار والجزاء المنصوص عليها في هذا القانون متى كان الميعاد قد بدأ وانقضى في ظله ولو كان قد صدر بعد انقضاء هذا الميعاد قانون آخر يلغى أو يعدل هذه الآثار فإذا كان ميعاد الثلاثة الأشهر الذي استلزمت المادة ٧٠ من قانون المرافعات أن يتم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى خلاله قد بدأ وانقضى دون إعلان الصحيفة قبل تعديل تلك المادة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ فإن نص المادة ٧٠ قبل تعديله يكون هو الواجب التطبيق ويجب على المحكمة أن توقع الجزاء الذي رتبته تلك المادة على التراخي في إعلان الصحيفة خلال الميعاد المحدد متى طالب بتوقيع الجزاء صاحب المصلحة فيه دون أن تملك المحكمة خيارا فيه . (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١/١ س٣٠ ع١ ص١٠٥).

إذ انتهى الحكم المطعون فيه صحيحا باعتبار الدعوى كأن لم تكن فإنه يترتب على ذلك زوالها بما في ذلك صحيفة افتتاحها وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها ويمتنع بالتالي على المحكمة الخوض في موضوعها . (الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١/١ س٣٠ ع١ ص١٠٥)

لا محل لتحدي الطاعنة بأن الغاية قد تحققت من حضور محامي المطعون ضده بجلستى ١٩٧٣/١٠/٢ ، ١٩٧٣/١١/١٣ عملا بالمادة ٢٠ من قانون المرافعات ذلك أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن هو جزاء نص عليه الشارع لعدم إعلان الخصم بصحيفة تعجيل السير في الدعوى بعد شطبها خلال ستين يوما من تاريخ التقرير بالشطب مادام حق التمسك بالدفع لم يسقط بالكلام في موضوع الدعوى عند نظرها بعد التجديد ، ومجرد فوات هذا الميعاد دون اتخاذ هذا الإجراء يقطع في عدم تحقق الغاية منه باعتبار أن حكمة المشرع من هذا الجزاء هى تقصير المدعى في موالاة السير في الدعوى وحقه على متابعة إجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم . (الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٩)

يترتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن ذات الآثار القانونية المترتبة على سقوط الخصومة عملا بالمادة ١٣٤ ، وبالتالي فلا تسقط الأحكام القطعية السابق صدورها في الخصومة التي اعتبرت كأن لم يكن . (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ رقم ٤٣١ سنة ٤١ق ، نقض ١٩٧٦/٥/١٥ رقم ٢٨٠ سنة ٤٢ق)

من المقرر أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة ستين يوما أو لم يطلب أحد من الخصوم السير فيها - وهو الجزاء المنصوص عليها في المادة ٨٢ من قانون المرافعات - هو من قبيل سقوط الخصومة وزوالها بسبب عدم قيام المدعى بنشاطه اللازم لسيرها ، ومنه أن ميعاد الستين يوما يعد من مواعيد السقوط التي تقف إذا تحققت قوة قاهرة ، إذ ليس من العدالة أن يقضي بالسقوط إذا حدثت واقعة عامة لا إرادة للخصم فيها ولا قبل له بدفعها منعته من طلب السير في الدعوى ، وقد التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر حين خلص بأسباب سائغة إلى أن السفر للخارج للعلاج من مرض لا يفقد المريض به أهليته للتقاضي بالعجز عن تصرف شئونه أو التعبير عن إرادته في تكليف من ينوب عنه في طلب السير في الدعوى لا يعد من قبيل القوة القاهرة التي توقف ميعادا حتميا يترتب على مخالفته جزاء السقوط . (نقض ١٩٨٠/٢/٦ ، طعن رقم ٢٥٣ لسنة ٤٧ق)

النص في المادة ٨٢ من قانون المرافعات على أنه " إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها وإلا قضت بشطبها ... وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعى أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه ، ويدل على أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تغيب المدعى أو المدعى عليه وجب أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها طالما أبدى الخصوم طلباتهم وإلا قررت شطبها ، وتكون الدعوى صالحة للحكم فيها ، إذ أدلى الخصوم بأقوالهم وحددا طلباتهم وأوضحوا دفاعهم وذلك على خلاف ما كانت توجبه المادة ٩١ من قانون المرافعات السابق من الحكم بشطب الدعوى إذا تخلف المدعى أو المدعى غليه عن الحضور أو عند حضور المدعى وعدم إبدائه طلبات ما ، مما مفاده أن للمحكمة السلطة في نظر الدعوى والفصل فيها عند غياب المدعى أو المستأنف وتخلفه عن الحضور في الجلسات التالية متى تبينت أنها صالحة للفصل فيها ، ولم يوجب الشارع في هذه الحالة إعلان المدعى أو المستأنف الغائب بالطلبات وتكليفه بالحضور إلا إذا أبدى المدعى عليه أو المستأنف عليه طلبا عارضا ، وليس في هذا القبيل طلب رفض الدعوى . لما كان ذلك

وكانت الجمعية الطاعنة تسلم في صحيفة الطعن بأن المطعون ضدها المستأنفة تخلفت عن الحضور بجلسة ١٩٨٤/١/٢٤ ولم يتم إخطارها بإيداع الخبير لتقريره ، وبهذه الجلسة الأخيرة قدم محامي الطاعنة (المستأنف عليها) مذكرة طلب فيها رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف ، فقررت المحكمة حجز الدعوى للحكم ، فإن الدعوى بهذه المثابة تكون صالحة ويكون النعى على غير أساس . (نقض مدني ١٩٨٥/٢/١٦ طعن ١٢٠٧ لسنة ٥٤ق)

المقرر في قضاء هذه المحكمة إن المادة ٨٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن تجديد الدعوى يكون بطلب السير فيها من جديد لا يكون إلا بانعقاد الخصومة ولا يكون انعقادها صحيحا إلا بطريق الإعلان تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم ولا يكفي مجرد تقديم صحيفة تجديد الدعوى من الشطب إلى قلم الكتاب وإذا تعين الإعلان فإنه يجب أن يتم في الميعاد الذي حدده القانون أخذا بحكم المادة الخامسة من قانون المرافعات التي تقضي بأنه إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل الإعلان فلا يعد الإجراء مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله وهذه القواعد المتعلقة بالإجراءات المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى تسري على إجراءات الاستئناف عملا بنص المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات . (الطعن رقم ٩٦٨ س٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٨)

الشطب إجراء لا علاقة له ببدء الخصومة وإنما يلحق الخصومة أثناء سيرها فيبعدها عن جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة ، وتجديدها من الشطب إنما يعيدها لمسيرتها الأولى وهو لا يكون إلا بانعقادها من جديد بين طرفيها تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم وهو لا يكون إلا بالإعلان الصحيح . لما كان ذلك ، فإن المادة ٨٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن تجديد الدعوى يكون بطلب السير فيها خلال الميعاد الذي حددته فقد دلت على أن طلب السير في الدعوى من جديد لا يكون إلا بطريق الإعلان تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، ولا يكفي مجر تقديم صحيفة تجديد الدعوى من الشطب إلى قلم الكتاب لن ذلك قاصر على صحيفة الدعوى أو الطعن باعتبار أن الخصومة فيها تبدأ بهذا الإجراء وتحتاج للإعلان لتبدأ سيرها وصولا للحكم في الدعوى ، وإذ تعين الإعلان فإنه يجب أن يتم في الميعاد الذي حدده القانون المادة الخامسة من قانون المرافعات التي تقضي بأنه إذا نص القانون على ميعاد لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله . (الطعن رقم ٤٧٤ س٤٣ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ س٣٠ ص٢١٥ ع٣)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة لمدة ستة شهور ولم يطلب المدعى السير فيها وفقا لنص المادة ٩١ من قانون المرافعات السابق الذي يحكم إجراءات الدعوى ، وكذلك سقوط الخصومة في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعى أو امتناعه المنصوص عليه في المادة ٣٠١ من ذات القانون ، هما لونان من ألوان قررهما المشرع لحكمة واحدة تقصير المدعى في موالاة السير في الدعوى وحثه على متابعة إجراءاتها حتى لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم . الأمر الذي يقتضي توحيد الأثر المترتب على كلا الجزاءين ، ولما كان المشرع قد رتب في المادة ٣٠٤ من قانون المرافعات السابق - على الحكم بسقوط الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك صحيفة الدعوى ، إلا أنه مع ذلك لم يسقط الأحكام القطعية الصادرة فيها ، ولا الإجراءات السابقة على تلك الأحكام ، وأجاز للخصوم التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها - فإن هذه الأحكام تسري بدورها في حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، إذ ليس في نصوص قانون المرافعات ما يمنع من تطبيقها أو يدل على أن المشرع أراد أن يرتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن آثارا أشد من الآثار التي رتبها على سقوط الخصومة .

كما أن الحكمة التي أملت على المشرع تقديره هذه الأحكام بالنسبة بسقوط الخصومة - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية ، وهى احتمال زوال معالم الإثبات عند إعادة رفع الدعوى - متحققة كذلك في حالة اعتبار الدعوى كأن لم تكن . (الطعن رقم ٤٣١ سنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٢ س٢٦ ص١٦٤٦)

إن اعتبار الدعوى كأن لم تكن ، وإن كان يترتب عليه إلغاء إجراءاتها إلا أنه لا يسقط الحق في الأحكام القطعية الصادرة فيها ، وإذ كان الثابت أن الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى في ...... بتحديد مأمورية الخبير قد قطع في تكييف العلاقة بين الطاعنين والشركة المطعون ضدها بأنها شركة عامة ، وحدد مأمورية الخبير على هذا الأساس ، فإن اعتبار الدعوى كأن لم تكن بعد ذلك لا يؤثر على ما تضمنه هذا الحكم من قضاء قطعي في هذا الشأن ، وإذ كان هذا القضاء قد أصبح نهائيا بعدم استئنافه في الميعاد من جانب الطاعنين فإنه لا جناح على الحكم المطعون فيه إن هو التزم حجية هذا القضاء .

مفاد ما نصت عليه المادة ٨٢ من قانون أن تعجيل الدعوى بعد شطبها يتطلب إجراءين جوهريين هما تحديد جلسة جديدة لنظرها حتى تعاد القضية إلى جدول قضايا المحكمة وإعلان الخصم بهذه الجلسة وبشرط أن يتم الإعلان قبل انقضاء الأجل المحدد في النص وذلك إعمالا لنص المادة الخامسة من ذات القانون التي تنص على أنه " إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم الإعلان للخصم خلاله" ، ولا ينال من ذلك ما نص عليه في المادة ٦٣ من نفس القانون من أن الدعوى ترفع بصحيفة تودع قلم كتاب بالمحكمة .. إذ أن ذلك وقد جاء استثناء من حكم المادة الخامسة يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قاصرا على صحيفة افتتاح الدعوى أو الطعن فلا يتعداه إلى غيرها ويظل اثر المادة الخامسة سالفة الذكر باقيا بالنسبة لاستئناف الدعوى سيرها بعد شطبها فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم الإعلان خلاله ، وإذ كان ذلك يسري على حالة شطب الاستئناف إعمالا لنص المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ورفض دفع الطاعن باعتبار الاستئناف كأن لم يكن .. وكان الثابت من الصورة الرسمية لإعلان تجديد السير في الاستئناف ومما سجله الحكم المطعون فيه أن الاستئناف شطب بجلسة ١٩٧٤/١١/١٢ وجدد السير فيه بموجب صحيفة أعلنت للطاعن بتاريخ ١٩٧٥/١/١٤ أى بعد انقضاء ميعاد الستين يوما المنصوص عليها في المادة ٨٢ المشار إليها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه .

شطب الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إجراء لا علاقة له ببدء الخصومة وإنما يلحق الخصومة أثناء سيرها فيبعدها عن جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة ، وتجديدها من الشطب بعيدها لمسيرتها الأولى ، ولكى يكون بانعقادها من جيد من طرفيها تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم وهو لا يكون إلا بالإعلان الذي يتعين أن يتم في الميعاد الذي حدده القانون أخذا بحكم المادة الخامسة من قانون المرافعات التي تقضي بأنه إذ نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الإعلان مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله . (الطعن رقم ٤٣٤ س٤٩ جلسة ١٩٨٤/٣/٢٨)

تخلف المدعى أو المستأنف عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة لنظر دعواه أو بأية جلسة تالية غير مانع من نظرها والفصل فيها متى أبدى الخصوم أقوالهم ودفاعهم . م٨٢ مرافعات . إعلان المدعى الغائب بطلب رفض الدعوى غير واجب ، طلب المدعى شطب الدعوى لا يمنع المحكمة من الفصل فيها

شطب الدعوى مع باقي الدعاوى المنضمة إليها ، تجديد الدعوى الأولى وحدها من الشطب أثره . عدم جواز تصدي المحكمة لباقي الدعاوى غير المطروحة أمامها . (نقض ١٩٨٠/٦/٢٩ طعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٤٩ق).

الدفـع ببطــلان الإعــلان :

المقصود بالإعلان :

هو إخطار المدعى عليه وتمكينه من الإطلاع على الورقة وتسليمه صورة منها . أما الإعلان القضائي فهو الوسيلة الرئيسية التي رسمها قانون المرافعات لتمكين الطرف الآخر من العلم بإجراء معين ويتم بتسليم صورة من الورقة القضائية لهذا الإجراء على يد محضر للمعلن إليه أو من يحدده القانون بدلا عنه .

وبمعنى آخر هو الوسيلة الرسمية التي يبلغ بها خصم واقعة معينة إلى علم خصمه وذلك بتسليمه صورة من الورقة المعلنة .

ولما كانت الإجراءات في قانون المرافعات كثيرة التنوع بحسب الغرض من الإجراء وكذلك الأوراق التي تتضمنها ومعظم أوراق المرافعات واجبة الإعلان وإلا لما أنتجت الآثار القانونية المترتبة عليها نجد القانون يؤكد على أهمية الإعلان .

فتنص المادة (٥) من قانون المرافعات على أنه " إذا نص القانون على ميعاد حتمي لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله " .

ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ : اكتفى المشروع بلفظ (الإعلان) الوارد في المادتين ٦ ، ١٥ منه لأنه يشمل التنبيه والإخبار والتبليغ والإخطار والإنذار والإعذار وبذلك حذف من المادة ٧ من القانون القائم عبارة (أو تنبيه أو إخبار أو تبليغ) كما حذف من المادة ٢٠ من عبارة (أو التنبيه) .

يلاحظ مما تقدم ما يلي :

- مدى أهمية الإعلان .
- أن الإعلان يجب أن يتم بواسطة المحضرين .

والمحضرون وحدهم هم المنوط بهم القيام بالإعلان ، بحيث إذا قام به غيرهم ولو بتكليف منهم وقع الإعلان باطلا ولم يترتب عليه أى أثر . (عاشور بند ١٠ ، جميعي ص٤١٢)

ومتى التزم المحضر في إجراء الإعلان الإجراءات التي أوجبها القانون قام ذلك قرينة قانونية قاطعة على وصول الصورة الى المعلن إليه ولا يجوز دحض هذه القرينة إلا بالطعن بالتزوير على ما أثبته المحضر أو إثبات الغش :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " متى اتبع المحضر القواعد المقررة في القانون لضمان وصول الصورة الى المعلن إليه فإنه يفترض وصول الإعلان إليه ، ولا يجوز دحض هذه القرينة إلا بالطعن بالتزوير على ما أثبته المحضر من إجراءات " (١٩٨٩/١/١٨ طعن ١٨٣ سنة ٥١ق – ١٩٨٩/٣/٣٠ طعن ٤٧ لسنة ٥٣ق – ١٩٨٩/٧/٣٠ طعن ٩٨٣ سنة ٥٣ق) أما إذا لم يثبت ارتكاب المعلن إليه غشا يمنع وصول الإعلان (١٩٨٩/٣/١ طعن ١٧٣٤ سنة ٥٢ق) ومما يتوافر به الغش تعمد طالب الإعلان إعلان المعلن إليه بصحيفة افتتاح الدعوى وبورقة إعادة الإعلان وبالحكم الابتدائي على سكنه في الداخل رغم ثبوت إقامته المفضلة خارج البلاد وعلم المدعى بذلك وتعمده إخفاء قيام المخصومة عن المعلن إليه للحيلولة دون مثوله في الدعوى وإبداء دفاعه فيها (١٩٨٩/٧/١٨ طعن ٢٧٠١ سنة ٥٦ق)

وقضت أيضا بأنه إذا كانت البيانات التي أثبتها المحضر في محضر الإعلان دالة على أنه اتبع القواعد المقررة في القانون لضمان وصول الصورة الى المعلن إليه ، فإن الإعلان يكون صحيحا وتترتب عليه جميع الآثار القانونية ومنها افتراض وصول الصورة فعلا الى المعلن إليه في الميعاد الذي حدده القانون أما إذا كان الظاهر مما جاء في محضر الإعلان أن المحضر لم يتبع الطريق المرسوم في القانون فإن الإعلان لا يصح معه هذا الافتراض " (١٩٤٢/٦/١٨ طعن ٧٢ سنة ١١ق - الخمسين عاما المجلد الثاني - ١٥٨٩ - ٢٦٥)

ومتى استلزم المشرع الإعلان فإنه لا يغني عنه أى إجراء آخر ولو بثبوت العلم اليقيني .

ولا ينتج الإعلان أثره إلا في حق طرفيه ، أى من أعلنه ومن أعلن إليه ولا يتعداهما الى غيرهما أيا كانت علاقتهما به فلو قام قلم الكتاب بإعلان المحكوم عليه بصورة رسمية من الحكم لمطالبته بالمصروفات لم ينتج هذا الإعلان أثره في سريان مواعيد الطرفين لصالح المحكوم له (١٩٨٤/٥/٢٤ طعن ٥٠٦ سنة ٥٠ق - ١٩٥١/١١/١٥ طعن ٢٠٣ لسنة ١٩ق - الخمسين عاما - ١٥٩١ - ٢٧١ - ١٩٣٥/٦/٢٠ في الطعن ١٠ لسنة ٥ق - الخمسين عاما الجزء الثاني - ١٥٩٠ - ٢٧٠) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

والإعلان ورقة رسمية لأن المحضر وهو موظف عام يثبت فيها ما تم على يديه وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه ، فيعد مرتكبا لجريمة التزوير إن هو خالف الحقيقة عمدا وأثبت ما لم يحصل ، ويعد مرتكبا ذات الجريمة كل من يغير الحقيقة في ورقة صحيحة .

وينبني على ما تقدم أن ورقة التكليف بالحضور تكون حجة بما يثبته فيها المحضر من البيانات التي قام بتحقيقها بنفسه وشهد بذلك على صحتها ، فلا يمكن تكذيبه فيها إلا بالادعاء بالتزوير ، فمثلا ما يثبته المحضر في الورقة من أنه انتقل الى المحل المراد إعلانه فيه ، وخاطب فيه شخصيا له صفة في تسلم الإعلان ، وامتنع ذلك الشخص عن تسلمه فسلمه الى جهة الإدارة ، وأنه أخطر الشخص المراد إعلانه بذلك في خطاب موصى عليه لا يمكن تكذيبه فيه إلا بالادعاء بالتزوير ، وما يثبته المحضر من أنه مكن المعلن إليه من الإطلاع على الأصل ومن أنه أطلع عليه بالفعل ثم سلمه صورة منه لا يمكن تكذيبه فيه إلا بالادعاء بالتزوير .

وحكم بأنه إذا أثبت المحضر في محضر الإعلان أنه وجد موطن المعلن إليه مغلقا وأنه غائب عن موطنه فلا يجوز إثبات ما يخالف هذه الوقائع بالبينة أو القرائن ، بل يجب اتخاذ سبيل الطعن بالتزوير لأن هذه الورقة الرسمية قد حررها المحضر وهو موظف عمومي مختص بتحريرها وقد أعلنت ورقة الإعلان لإثبات حضور أو غياب المعلن إليه وتسلم الصورة إليه أو لغيره ممن نص عليهم القانون وواقعة غياب المعلن إليه وغلق موطنه من الوقائع التي شاهدها المحضر شخصيا ووقعت تحت بصره فلا سبيل الى إثبات ما يخالفها بطرق الإثبات العادية . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويحاج طالب الإعلان بالإجراءات التي قام بها المحضر وتنفذ في حقه ، فإن وقع الإعلان في الورقة أم راجعا الى ما شاب الإجراءات التي قام بها المحضر أو ما أثبته من بيانات من عيب أو نقص ، ففي جميع الأحوال يقع الإعلان باطلا ، وقد راجع جانب من الفقه ذلك الى تكييف علاقة طالب الإعلان بالمحضر بأنها علاقة وكالة من الأول للأخير ولكن جانبا آخر ينكر هذا التكييف وإن اتفق في النتيجة السالفة (العشماوي بند ٥٨٥ وما بعده - أبو الوفا في المرافعات بند ٤١١ - المدونة الجزء الأول بند ٢٥٩ - والي ص٢٢٢ - عزمي في قانون القضاء المدني ص١٩٣)

ولكن المحضر من جهة أخرى يعتبر تابعا للدولة ممثلة في وزارة العدل فتكون مسئولية المتبوع عن تعويض الأضرار التي أصابت صاحب الشأن من جراء ما وقع منه من خطأ سواء اعتبر خطأ شخصيا أو خطأ مرفقيا ، وسواء تحدد شخص الذي وقع منه الخطأ أو لم يتحدد (العشماوي في الموضع السابق) ولا يسأل المحضر ومن ثم الدولة إلا عن التصرف الذي يقوم به ويرجع فيه إليه كوقت الإعلان ومن تسلم إليه الصورة ومكان تسليمها والبيانات التي يتعين عليه إثباتها ومواعيد الإعلان ، ويشترط لتحقق مسئوليته صدور حكم نهائي ببطلان الإعلان إثباتها ومواعيد الإعلان ، ويشترط لتحقق مسئوليته صدور حكم نهائي ببطلان الإعلان الذي قام به بسبب خطأ يرجع إليه ، لأنه إذا لم يتمسك المعلن إليه بالبطلان فلم يحكم به أو تمسك بذلك ورفض وفيه اعتبرت ورقة الإعلان صحيحة بما لا يجوز معه أن ينسب الى المحضر خطأ في إجراءات إعلانها لأن هذا الخطأ هو أساس بطلان الإعلان وهو بطلان نسبي لا يجوز القول به إلا بصدور حكم به استجدابة لدفع من المعلن إليه (قارن الديناصاري وعكاز ص٦٤ حيث يريان أنه لا يلزم لمسئولية المحضر ثبوت بطلان الإعلان بحكم نهائي) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ويتحدد الاختصاص المكاني للمحضر بدائرة المحكمة التي يعمل بها أى أنه يكون محددا بنطاق المحكمة التي يعمل بها ، فإن قام بمباشرة الإعلان خارج نطاق دائرة اختصاصه ، فإن الإعلان يقع باطلا ، فكل محضر له اختصاص محدد بنطاق المحكمة التي يعمل بها ، وليس له أن يقوم بالإعلان خارج نطاق المحكمة وإلا كان الإعلان باطلا . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

ولا تسري قواعد قانون المرافعات على الإعلان بطريق البريد :

قد كان التقنين الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ يأخذ بنظام الإعلان بالبريد على يد محضر (المواد ١٥ حتى ١٩ منه) ولكن هذا النظام ألغى بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وهو ما أخذ به التقنين الحالي ، إلا أنه يلاحظ أن إلغاء هذا النظام لا يعني عدم الاعتداد بالإعلان بطريق البريد عن طريق خطاب موصى عليه بعلم الوصول أو بدون علم وصول حين ينص على ذلك - قانون المرافعات أو غيره من القوانين ، كالشأن في المادة ١٧٤ مكررا المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ التي اكتفت في إعلان الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة وقرارات فتح باب المرافعة في الحالات التي يلزم فيها إعلانها بكتاب مسجل بعلم الوصول وقرارات فتح باب المرافعة في الحالات التي يلزم فيها إعلانها بكتاب مسجل بعلم الوصول ، وكذلك الشأن بالنسبة للمادة ١٢ من مواد إصدار القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

وهناك حالات عديدة نصت عليها قوانين أخرى غير قانون المرافعات ، للإعلان بطريق البريد كالقانون ١٣٦ سنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن (م ١٨ منه) والقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن (المواد ٧ ، ١٣ ، ٥٠) والقانون ١٧ سنة ١٩٨٣ في شأن المحاماة (م ١٨ ، ٩٢) وقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (م ٦٣ - ١٢٨) وقانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ (م ١٥٥ ، ١٧٦) وقانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ (م ١٤٩).

وفي حالة النص على إجراء الإعلان بطريق البريد يرجع في مدى صحة الإجراءات الى قانون نظام البريد رقم ١٦ لسنة ١٩٧٠ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٢ والتعليمات البريدية الصادرة نفاذا لهما والمودعة بدار الكتب تحت رقم ١٦٥٦ سنة ١٩٧٦ ومن قبلها التعليمات العمومية عن الأشغال البريدية الصادرة عام ١٩٦٣ (١٩٨١/١١/١٣ طعن ١٧٠١ سنة ٥١ق) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق).

ميعاد إجراء الإعلان :

لا يجوز إجراء أى إعلان أو ينفذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء ولا في يوم العطلة الرسمية إلا في الحالات الضرورية وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية . فإذا بوشر الإعلان خلال الأوقات التي حظر المشرع إجراء الإعلان خلالها يقع باطلا ، وهو بطلان مقرر لمصلحة المعلن إليه ، وبالتالي لابد من تمسكه بهذا البطلان . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

فتنص المادة (٧) من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز إجراء أى إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء ولا في أيام العطلة الرسمية إلا في حالات الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية .

يقصد بالعطلة الرسمية الأيام التي تقرر الحكومة تعطيل مصالحها فيها ولو كان المعلن إليه يعمل فيها ولا تعتبر كذلك الأيام التي تعتبر عيدا قوميا أو موسما من المواسم التي تحتفل بها كعيد وفاء النيل أو ليلة الإسراء والمعراج مادامت الحكومة لا تعطل مصالحها فيها ، وكذلك لا يعتد بيوم العطلة الذي يتخذه المعلن إليه لنفسه بإرادته إذ يجوز إعلانه فيه . (العشماوي ص٧٢٣ - أحمد مسلم بند ٣٦٩ - عاشور ص٢٩ - راغب ص٣٣٨)

والأصل أن المحضر ملزم بمباشرة إجراءات الإعلان بمجرد طلبه :

لا يستثنى من ذلك سوى أن يكون هناك مانع قانوني يحول دون قيامه بذلك ، وقد يكون هذا المانع اشتمال الورقة على بيانات مخالفة للنظام العام أو الآداب كما لو كان موضوعها إنذار شخص بالإضراب عن العمل أو الكف عن دفع الضرائب المستحقة عليه (سيف بند ٣٧٥) أو عدم صلاحية المحضر لإجراء الإعلان وفقا للمادة ٢٦ مرافعات (يراجع مسلم بند ٣٦٩ حيث ينتقد خلو المادة من تحديد حالات الامتناع بما قد يتيح الفرصة لاختلاف المحضر مع ذوي الشأن ويرى أن تقتصر تلك الحالات على الناحية الشكلية من حيث وضوح تحرير الورقة واستيفائها للتعرف بالمعلن إليه وخلوها مما يخالف الآداب ، وفي مثل هذه الحالات عليه عرض الأمر على قاضي الأمور الوقتية .

وتنص المادة (٨) من قانون المرافعات على أنه " إذا تراءى للمحضر وجه في الامتناع عن الإعلان وجب عليه عرض الأمر فورا على قاضي الأمور الوقتية ليأمر بعد سماع طالب الإعلان بإعلان الورقة أو بعدم إعلانها أو بما يرى إدخاله عليها من تغيير وللطالب أن يتظلم من هذا الأمر الى المحكمة الابتدائية في غرفة المشورة لتفصل نهائيا في التظلم بعد سماع المحضر والطالب .

ويلاحظ من نص هذه المادة أن سلطة قاضى الأمور الوقتية تمتد الى تعديل صيغة الورقة بمحو ما تشتمل عليه من عبارات أو ألفاظ مخالفة للنظام العام أو الآداب ، أو منع الإعلان إذا أصبحت الورقة بعد هذا المحو غير ذات موضوع ، أو إذا رفض صاحب الشأن استكمال بياناتها الجوهرية ، أو إذا كان ظاهر الورقة غير قابل للتصحيح كما لو كانت محررة بخط غير مقروء ، أو بغير اللغة العربية (عاشور ص٢٣) ويتعين دعوة صاحب الشأن لسماع أقواله قبل إصدار الأمر .

والاختصاص بنظر التظلم من أمر قاضي الأمور الوقتية تختص به وحدها المحكمة الابتدائية منعقدة في غرفة مشورة :

لا يخضع لأحكام التظلم من الأوامر على عرائض المنصوص عليها في المواد ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ من قانون المرافعات ، ولم يحدد المشرع ميعاد للتظلم من الأمر الذي يصدره قاضي الأمور الوقتية ، ولم يحدد المشرع وسيلة التظلم ، ومن ثم يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بتقدير أنها الأصل الواجب الاتباع ما لم ينص القانون على غير ذلك ، والحكم الذي يصدر في التظلم حكم نهائي بصريح النص فى يقبل الطعن فيه بالاستئناف إلا في حدود ما تقضي به المادة ٢٢١ مرافعات. (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإعلان :

حددت المادة (٩) من قانون المرافعات البيانات التي يجب أن تشتمل عليها أوراق المحضرين فتنص هذه المادة على أنه " يجب أن تشتمل الأوراق التي يقوم المحضرون بإعلانها على البيانات الآتية :

تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان .

اسم الطالب ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته ، وموطنه كذلك إن كان يعمل لغيره .

اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها .

اسم المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فن لم يكن موطنه معلوماً وقت الإعلان فآخر موطن كان له .

اسم وصفة من سلمت إليه صورة الورقة وتوقيعه على الأصل بالاستلام .

توقيع المحضر على كل من الأصل والصورة .

وهذه المادة قد أوضحت البيانات العامة التي يجب أن تشتمل عليها أوراق المحضرين ، فضلا عما تتضمنه كل ورقة من بيانات خاصة تختلف من ورقة الى أخرى بحسب الغرض منها وتهدف هذه البيانات في جملتها الى تحديد تاريخ الإعلان ووقته والتعريف بطالبه والقائم به والموجه إليه الإعلان ومن سلمت إليه صورته .

سمات أوراق المحضرين :

لأوراق المحضرين سمات خمسة أساسية ، أولها أنها أوراق شكلية ، وثانيها أنها أوراق رسمية ، وثالثها أنها تحرر باللغة العربية ، واربعها أنها تحرر من أصل وصور ، وخامسها أنها تتعين أن تتضمن البيانات التي عددتها المادة .

وسنتناول هذه السمات بشيء من التفصيل :

أولاً : الأوراق الشكلية وهى تعني أنه يتعين أن تثبت بالكتابة وأن يراعى في تحريرها الأوضاع التي قررها القانون لها وأن تشتمل على البيانات التي أوجب ذكرها فيها ، ويتبع ذلك أنها يجب أن تشتمل فص صلبها على دليل استكمالها شروط صحتها ، فلا يجوز تكملة النقص في البيانات الواجب ذكرها فيها بأى دليل يستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل .

واشتراط كتابة البيانات الواردة في أوراق المحضرين ليس لمجرد ضمان ثبوتها حتى يتمكن من الاستناد إليها وإنما الكتابة شرط لوجود هذه الورقة بالفعل ، فمن إجراءات المرافعات ما يوجب القانون أن يتم كتابة ، وأوراق المرافعات هى المثبتة لهذه الإجراءات ، وهى الدليل الوحيد على وجودها ، ولا يمكن إثبات اتخاذ الإجراء بتقديم النسخة الأصلية للورقة أو الصورة فلا يجوز إثبات وجود الورقة وإثبات إعلانها بشهادة الشهود أو بالإقرارات لأن إتمام إجراءات معينة بالكتابة أمر يوجبه النظام العام . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويترتب على هذه السمة الأساسية أن الورقة لا تستكمل دليل صحتها إلا من ذات مجموع بياناتها ، فلا يجوز تكملة النقص فيها بأى دليل غير مستند من الورقة ذاتها (١٩٧١/٤/١٥ – م نقض م – ٢٢ – ٤٨٢) فإذا خلت الورقة التي سلمت صورتها الى جهة الإدارة من بيان إرسال المحضر الى المعلن إليه كتابا مسجلا وفقا لنص المادة ١١ مرافعات فلا يجوز تكملة هذا النقص بدليل خارج عن الورقة كشهادة من قلم المحضرين أو هيئة البريد (١٩٧٧/٣/٩ – م نقض م – ٢٨ – ٦٤٦ – ١٩٧٩/٣/١٣ طعن ٨٨ سنة ٤٦ق – ١٩٧١/٤/١٥ طعن ٤٤٣ سنة ٣٦ق – م نقض م – ٢٢ – ٤٨٢) وإذا خلت الورقة من سبب امتناع من خاطبه المحضر عن التوقيع (وفقا للبند الخامس قبل تعديله بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) وقع الإعلان باطلا ولا يجوز استظهار سبب الامتناع بأقوال الشهود (١٩٦١/٢/٢٣ طعن ٥٢٦ سنة ٢١ق – م نقض م – ١٢ – ١٨١ – ويراجع العشماوي بند ٥٤٣ في الخلاف حول جواز إثبات وجود الورقة بالإقرار القضائي أو بواسطة بيانات تضمنتها أحكام أو مستندات رسمية أخرى ، أو من واقع الثابت في سجلات رسمية تتضمن صورة منها) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا مجال للإثبات بالقرائن إذا أنكر الخصم إعلانه بالجلسة أو طعن في صحة هذا الإعلان لأن سبيل الإثبات الوحيد في هذه الحالة هو أصل ورقة الإعلان إذا بغير الرجوع الى البيانات الموجودة في أصل الإعلان أو الإخطار لا يمكن التحقق مما إذا كان قد تم صحيحا طبقا للقانون " (نقض ١٩٦٥/١١/١١ لسنة ١٦ ص١٠٣٦) وبأنه " محل القول بعدم جواز تكملة النقص الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها هو أن تكون الورقة المدعى بوجود النقص أو العيب فيها هى الورقة الحقيقية التي أعلنت للخصم لا ورقة أخرى مصطعنة استبدلت بالورقة الحقيقية بعد سرقة هذه الورقة وإخفائها ، ومن ثم كان لمحكمة الموضوع بعد أن ثبت لها حصول هذه السرقة وأن الورقة التي اتخذ منها الطاعن سندا لدفعه ببطلان صحيفة الدعوى هى ورقة غريبة عن هذه الصحيفة ومدسوسة عليها ، ألا تقيم وزنا للبيانات الواردة في هذه الورقة وأن تثبت البيانات الصحيحة التي كانت تضمنتها الورقة الأصلية المسروقة بالرجوع الى أوراق الدعوى الأخرى وبطرق الإثبات كافة " (١٩٦٧/١١/١٦ – م نقض م – ١٨ – ٤٠٦ - وبنفس المعنى ١٩٧٠/٦/١٦ – م نقض م – ٢١ – ١٠٦١ – ١٩٦٥/١٠/٢٦ – م نقض م – ١٦ – ٦٠٢)

ثانياً : الأوراق الرسمية وهى تعني أن يتم إعلانها بواسطة موظف عام مختص هو المحضر ، ولكن الرسمية تقتصر على البيانات التي يثبتها المحضر في حدود وظيفته من أنه رآها أو سمعها أو تلقاها أو باشرها أو حققها أو عاينها بنفسه ، وفي هذا النطاق تكون للورقة حجية الأوراق الرسمية فتقوم حجة على الكافة بما أثبت فيها ، ولا يجوز الالتفات الى الادعاء بغير ما ورد فيها أو نفيه أو إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، ذلك كله عملا بنص المادة ١١ من قانون الإثبات . (العشماوي بند ٥٤٤ – سيف ص٤٣٢ ، ٤٣٣ – أبو الوفا في التعليق على المادة ٩).

وقد قضت محكمة النقض بأنه محضر الإعلان من المحررات الرسمية التي أسبغ القانون الحجية المطلقة على ما دون بها من أمور باشرها محررها في حدود مهنته ما لم يتبين تزويرها ولا تقبل المجادلة في صحة ما أثبته المحضر في أصل الإعلان ما لم يطعن على هذه البيانات بالتزوير " (١٩٨٢/١٠/٣١ طعن ٢٣٣٧ سنة ٥١ق – ١٩٩٢/٦/٢٥ طعن ٤٨٨ سنة ٥٨ق) وبأنه " من المقرر أن ما يثبته المحضر بورقة الإعلان من إجراءات قام بها بنفسه أو وقعت تحت بصره تكتسب صفة الرسمية فلا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن عليها بالتزوير وإذ كان المطعون عليه قد اكتفى في إثبات عدم تسليم صورة صحيفة الاستئناف الى جهة الإدارة بما دون على الإخطار الوارد إليه من بيانات نسبت الى شخص قيل بأنه موظف بالقسم تدل على عدم وصول الصورة الى الإدارة على خلاف ما أثبته المحضر من حصوله ولم يتخذ المطعون ضده طريق الطعن بالتزوير على إعلان صحيفة الاستئناف فإن هذا الادعاء لا يكفي بذاته للنيل من صحة حجية الإجراءات التي أثبت المحضر في أصل الإعلان قيامه بها " (١٩٧٨/٣/٢٠ طعن ٤٩٦ لسنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٩ – ٨١٦) وبأنه " ما يثبته المحضر في أصل ورقة الإعلان من خطوات اتبعها ، لا يسوغ الطعن فيه إلا بطريق الادعاء بالتزوير ومن ثم لا يقبل من الطاعن المجادلة في صحة ما أثبته المحضر في أصل إعلان صحيفة الاستئناف من أنه وجه خطابا مسجلا للطاعن يخطره فيه بتسليم صورة الصحيفة لجهة الإدارة لغلق محله طالما لم يسلك سبيل الادعاء بالتزوير " (١٩٧٨/٥/٢٩ طعن ٩٤٦ لسنة ٤٦ق م نقض م – ٢٩ – ١٣٥٩ – ١٩٧٨/٢/٢٥ – م نقض م – ٢٩ – ٦٠٩ – ١٩٧٤/٥/٩ – م نقض م – ٢٥ – ٨٤٠) وبأنه " محضر إعلان أوراق المحضرين وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة – من المحررات الرسمية التي أسبغ القانون الحجية المطلقة على ما دون بها من أمور باشرها محررها في حدود مهنته ما لم يتبين تزويرها " (١٩٨٧/١/١ طعن ٨٧٨ سنة ٥٤ق – م نقض م – ٣٨ – ٦٠ – ١٩٨٩/٢/٢١ طعن ٩٥ سنة ٥٤ق) ورتبت على ذلك أنه مادام لم يسلك صاحب الشأن طريق الادعاء بالتزوير الذي رسمه قانون الإثبات فإنه لا يجدى في سبيل إثبات النعى على ما أثبته المحضر ، ضم التحقيقات التي أجريت مع المحضر لإثبات عدم صحة البيانات التي دونها (١٩٨٨/١٢/٢٣ طعن ٧٦ سنة ٥٥ق) ولا يجوز الالتفات الى الادعاء بعدم صحة ما أثبته المحضر من انتقاله الى منزل المعلن إليه إذانه كان فيما أثبته من بيانات متواطئا بقصد عدم إيصال الإعلان للمعلن إليه (١٩٥٣/٤/٩ طعن ٧٤ سنة ٢١ق – الخمسين عاما المجلد الثاني – ١٥٩٠ – ٢٦٨)

ولكن ثبوت حجية الورقة الرسمية للبيانات التي يثبتها المحضر على أنه عاينها أو تلقاها أو باشرها بمسفه منوط بأن يكون ذلك في حدود وظيفته ، فإن خرج ما أثبته عن حدود اختصاص لم يكن لما أثبته متجاوزا اختصاصه حجية الأوراق الرسمية ، ومن ثم يجوز إثبات خلاف ما أورده بغير حاجة الى الطعن بالتزوير

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مهمة المحضر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المرافعات هى إجراء الإعلان أو التنفيذ ، وليست – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – التحقق من إقامة المعلن إليه بالفعل في مكان إعلانه أو تركه الى غيره أو التحقق من شخصية المخاطب معه ، فإن ما يكرره المحضر على لسان المخاطب معه في شأن هذه الإقامة لا تكون له حجية إلا في شأن انتقال المحضر الى محل الإعلان وسؤال المعلن إليه وتلقيه الإجابة التي أثبتها بمحضره من المخاطب معه ، وذلك دون التطرق الى مدى صحة هذه الإجابة ، ومن ثم فإن فصل محكمة الموضوع في الادعاء بالتزوير الذي تنازل أوراق إعلان المطعون ضدهما أمام محكمة الدرجة الأولى لم يكن ليستطيل الى بحث حقيقة إقامة المطعون ضدها بمكان إعلانهما ، وإنما يقتصر على بيان حقيقة انتقال المحضر الى مكان الإعلان وسؤاله عن المعلن إليهما وتلقيه الإجابة من المخاطب معه دون التحقق من مدى صحة هذه الإجابة " (١٩٨٥/١١/٢٨ طعن ٦٧٨ سنة ٥٠ق – م نقض م – ٣٦ – ١٠٥٧)

وقضت أيضا بأنه إن كان للمحضر التحقق من صفة مستلك صورة الإعلان إلا أنه لا يدخل في حدود وظيفته وصف العين التي يجرى فيها الإعلان أو استظهار الغرض من استخدامها فإذا قضى الحكم ببطلان الإعلان الذي أجرى في العين المؤجرة للمعلن إليه لاستخدامها مسكنا ، قولا منه بأنه لا يقيم فيها مستندا في ذلك الى ما أثبته المحضر في ورقة الإعلان من أن العين تستخدم عيادة طبية ، دون أن يستظهر الحكم ما إذا كان المعلن إليه قد غير محل إقامته ، وأخطر خصمه بذلك ، فإن الحكم يكون قاصر التسبيب مخطئا في القانون " (راجع ١٩٩٠/٣/٢١ طعن ٢٤٨٩ سنة 55ق)

ثالثاً : تحرير الورقة باللغة العربية يتعين أن تحرر بخط يقرأ باللغة العربية لأنها هى لغة المحاكم ، فإن كتبت بخط لا يقرأ اعتبرت بياناتها معدومة وحكم ببطلانها ، وتوجب المحاكم عادة إعادة إعلان الخصم على أن تكتب الورقة بخط واضح ويتعين أن تدون البيانات كاملة غير مختزلة خشية الشك في حقيقة ما ترمى إليه ، على أن العبارات المختزلة تكون مقبولة إذا كان العرف قد درج على استعمالها وكانت ظاهرة الوضوح في تحديد حقيقة ما تشير إليه ، ولا يلزم ترتيب معين ضد ذكر بيانات الورقة .

والأصل أنه من الجائز أن تكتب الورقة كلها أو بعضها بالرصاص ، ومع ذلك تمنع أقلام المحضرين عن قبولها خشية زوال الكتابة أو محوها ، فتعرض البيانات الواردة في الورقة للزوال أو التغيير . إنما ليس معنى هذا أن الورقة محررة بالرصاص تكون في ذاتها باطلة .

ويجب ألا تترك مسافات على بياض بين العبارات وبعضها ، ويجب ألا يكتب بين السطور ، وأن تكون الورقة بقدر الإمكان خالية من الكشط والتجريح والإضافة ، فإن لزم إضافة عبارة أو كشطها وجب أن يوقع المحضر بجوار هذا الكشط أو تلك الإضافة وذلك لضمان الثقة في البيانات الواردة بالورقة وحتى لا تعرض للعبث . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

رابعاً : تحرير الورقة من أصل وصورة فيتعين أن تحرر أوراق المحضرين من أصل وعدد من الصور بعدد المعلن إليهم ولو كانوا متضامنين أو يقيمون في مسكن واحد ولكن إّا تعددت صفات المعلن إليه – فإنه يعلن بصورة واحدة فإذا أعلن شخص بصفته الشخصية ممثلا لشخص اعتباري أو وكيلا عن آخر أو وكيلا عليه ، سلمت إليه صورة واحدة ، ويتعين أن يتضمن كل من الأصل والصورة كافة البيانات وأن يكون كل منهما صحيحا وأن يحررا باللغة العربية (م١٩ من قانون السلطة القضائية) وأن يحررا بخط مقروء ، وأن تكون العبارات كاملة وإن كان لا يلزم صيغة معينة ، وإذا شاب العيب إحدى الصور فلا تبطل إلا هذه الصورة وحدها " (أبو الوفا في التعليق ص١٠٤) .

ويتعين أن يتطابق الأصل والصور ، وبعبارة أخرى يتعين أن يتضمن كل من الأصل والصور جميع البيانات المطلوبة في الورقة ، أى أن يكون كل منها في ذاته صحيحا .

وقد حكم ، إعمالا للمبدأ المتقدم ، بأنه يتعين أن يثبت المحضر في الأصل والصورة كل الخطوات التي اتخذها قبل تسليم الإعلان ، وإلا كان باطلا ، وحكم بأنه إذا تطابق الأصل والصورة ووردت في الأخيرة بعض العبارات المشطوبة فلا يبطل الإعلان بل تعتبر هذه العبارات كأن لم تكن ، وحكم أيضا بأن الإعلان لا يبطل ولو ورد بالصورة نقص أو خطأ إذا كان من الممكن تدارك هذا أو ذاك من صلب الصورة نفسها .

والرأى السائد أن الصورة تعتبر بالنسبة للمعلن إليه أصلا ، والواقع أن علينا لاختيار التكييف القانوني السليم أن نعرف أساس التفرقة – في الاصطلاح القانوني – بين الصورة والأصل ، تقوم التفرقة بينهما بالنظر الى محل التمثيل السندي ، فالأصول المختلفة محلها واحد هو الواقعة التي يعتبر كل أصل مستندا لها ، أما الصورة فمحلها هو المستند الأصلي ، ولا يعتبر الواقعة محلا للصورة إلا من خلال الأصل ألا إلا كما يمثلها الأصل ، ولهذا إذا تعددت الأصول ، فإن لها – إن كانت ذات طبيعة واحدة – نفس الوقت ، أما إذا كان بصدد أصل وصورة ، فإنهما لا يتساويان في القوة ، وإذا كان الأمر كذلك ، فإنه من الواضح أننا – بصدد أصلين ، كما أننا لسنا بصدد أصل وصورة بالمعنى الصحيح . لسنا بصدد أصلين لأن هذا يعني أن أيا من الأصلين يكفي في تمثيل الواقعة مما يؤدي الى أنه لم تكن هناك صورة لورقة الإعلان (الأصل الثاني) ووجه الأصل وحده فإن هذا كاف ، وهو ما لا يمكن التسليم به لأن عدم تسليم صورة الإعلان الإجرائي يؤدي الى عدم تحقق واقعة الإعلان ، ولسنا بصدد أصل وصورة ، لأن هذا يعني أيضا أن الأصل يكفي وحده لتمثيل الواقعة محل التمثيل السندي ، وفي رأينا أن الأمر لا يتعلق بأصلين متماثلين لواقعة واحدة ، ولا أصل وصورة ، وإنما نحن بصدد أصلين لواقعتين تكونان واقعة واحدة متكاملة ، وبعبارة أخرى ، بصدد أصلين كل أصل يمثل جزءا من الواقعة القانونية التي هى الإعلان فهما معا أصل واحد . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

وبناء على المبدأ المتقدم إذا اعتور الصور نقص أو خطأ بطل الإجراء ولو كان الأصل صحيحا ، وإذا كانت الصور صحيحة دون الأصل كان الإجراء مشوبا أيضا بالبطلان ، ولا يعمل في هذا الصدد بالقاعدة المقررة في القانون المدني التي تقضي بأنه إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل (م١٢ من قانون الإثبات) وذلك لأن العقد الرسمي محرر باتفاق طرفيه وإملائهما فهما على علم بما يتضمنه ، فإن شاب الصورة نقص أو خطأ سهل عليهما الرجوع الى الأصل ، وهو الذي يعتد به في هذا الصدد ، وقد قيل أن القانون بالنسبة لأوراق المرافعات ، يفترض أن المعلن إليه لا يعلم غير ما تضمنته الصورة ، فيتعين أن تشتمل الصورة على كافة البيانات المطلوبة ، فإن شابها خطأ أو نقص كانت باطلة لأنها في مركز الأصل وقوته **la copre vaut original** ولا يجوز أن يحتج على المعلن إليه بما ورد في الأصل من البيانات التي خلت منها الصورة المسلمة إليه ، وقيل أيضا أن القاعدة المتقدمة لا تطبق إلا لمصلحة المعلن إليه بمعنى أنه إذا كان الأصل مشوبا بالخطأ أو النقص وكانت الصورة صحيحة فالإعلان على الرغم من ذلك يعد باطلا . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

وقد جرى العديد من أحكام النقض على أن الصورة تقوم بالنسبة الى المعلن إليه مقام الأصل ، فقضى بأن " مفاد نص المادتين التاسعة والتاسعة عش من قانون المرافعات أن المشرع أوجب أن تشتمل أوراق إعلان صحف الدعاوى والاستئنافات على بيان خاص بتحديد تاريخ ووقت حصول الإعلان وبيان اسم المحضر الذي يباشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها وتوقيعه على كل من الصورة والأصل . لما كان ذلك وكان من المقرر أن للمعلن إليه أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلال أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة إليه تقوم مقام الأصل ولا يجوز تكملة النقص الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها " (١٩٧٧/١٢/٧ – م نقض م – ٢٨ – ١٧٥٩) وبأنه " من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن للمعلن إليه أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة إليه تقوم مقام الأصل " (١٩٨٣/٤/٢٨ في الطعن ٣٩٥ لسنة ٥٢ق – م نقض م – ٣٤ – ١٠٨٩)

وبأنه متى تبين من مراجعة صورة إعلان تقرير الطعن المقدمة من المطعون عليه أنها خالية من أى بيان مما ورد ذكره بالمادة العاشرة من قانون المرافعات وأنها مجرد مشروع إعلان لم يتم ، وتبين مقارنتها بأصل إعلان التقرير المقدم بملف الطعن وجود تماثل بين الأصل والصورة من حيث صياغتهما وكتابتهما على الآلة الكاتبة والخط المحرر باليد في كل منهما - وهو ما سلمت به الطاعنة وبصدور هذه الصورة عنها ، فإن الطاعنة تكون محاجة بهذه الصورة الخالية ويكون الإعلان باطلا وفقا للمواد ١٠ ، ٢٤ ، ٤٣١ مرافعات " (١٩٥٦/١/٥ - م نقض م - ٧ - ٥٦)

وقضت أيضا بأنه مؤدى نص المادتين ٩ ، ١٩ من قانون المرافعات يدل على أن أوراق المحضرين تخضع في تحريرها لإجراءات معينة وبيانات خاصة حددتها المادة التاسعة ورتبت المادة ١٩ البطلان على عدم مراعاتها وأهم هذه البيانات التي يجب أن تشتمل عليها الورقة تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان ويعتبر تاريخ الإعلان بيان جوهريا وإذ كان يجب في صورة - الإعلان أن تكون مطابقة للأصل متضمنة جميع البيانات المطلوبة في الورقة بخط يمكن قراءته فإنه إذا اعتور الصورة نقص أو خطأ واشتملت على بيان لا يمكن قراءته كتاريخ حصوله مثلا بطل الإجراء ولو كان الأصل صحيحا وكان البيان مكتوبا فيه بخط واضح ولا يجوز في هذه الحالة الرجوع الى الأصل ، ذلك أن المقرر قانونا أنه لا يجوز تكملة النقص في بيانات ورقة الإعلان بأى دليل آخر مستمد من غير الورقة ذاتها مهما بلغت قوة الدليل ، ولما كان ذلك ، وكان البين من صورة إعلان الحكم الابتدائي الى الطاعنة والمقدمة بملف الطعن الماثل أن المحضر حرر في تاريخ الإعلان بخط يستحيل قراءته بل أن ما خطه فيها بصدد هذا البيان لا يمكن أن يدل بذاته على كنه هذا التاريخ ومن ثم فإن هذا الإعلان يكون باطلا حتى ولو كان الأصل قد اشتمل على تاريخ الإعلان بخط واضح مقروء " (١٩٨١/٦/٢٣ - م نقض م - ٣٢ - ١٨٨٧ - ١٩٨٦/٣/٢٧ طعن ٢٢٣٢ سنة ٥٢ق) وبأنه " أوجب المشرع في المادتين ٩ ، ١٩ من قانون المرافعات أن تشتمل الأوراق التي يقوم المحضرون بإعلانها ومنها صحف الدعاوى والاستئناف على بيانات جوهرية منها بيان اسم المحضر الذي باشر الإعلان ، وتوقيعه على كل من الأصل والصورة وإلا كان الإجراء باطلا ، وأن للمعلن إليه التمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان " (١٩٨٧/١/١ طعن ٨٧٨ سنة ٥٤ق - م نقض م - ٣٨ - ٦٠) وبأنه " يبطل الإعلان إذا خلت الصورة من بيان عدم وجود المعلن إليه عند تسليم لصورة في موطنه الى من قرر أنه وكيله ولو ورد هذا البيان في الأصل " (١٩٦٩/٢/١٣ - م نقض م - ٢٠ - ٢٣٥) أو إذا لم يبين المحضر في أصل الإعلان وصورته كل خطوات الإعلان بالتفصيل " (١٩٦٣/٤/٢٥ - م نقض م - ١٤ - ٥٠٩)

ولكن بعض أحكام محكمة النقض قضت أنه فيما عدا توقيع المحضر فإنه لا يعيب الإعلان خلو الصورة من باقي البيانات متى كانت قد وردت كاملة في الأصل ، فقضت بأنه " إذ يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الطعن أنه ورد بها اسم المحضر الذي باشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها ، وبذلك تحقق ما قصدت إليه المادة التاسعة من قانون المرافعات من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها في ورقة الإعلان ، ومن ثم فإن الدفع بالبطلان لخلو الصورة المعلنة من هذا البيان يكون على غير أساس " (١٩٧٦/٣/١٦ - م نقض م - ٢٧ - ٦٦٥ - ١٩٨١/٢/٢٢ - م نقض م - ٣٢ - ٥٧٩ - ١٩٨٩/٣/٩ طعن ١٤٢ سنة ٥٦ق) ثم قضت بأنه " لا يترتب البطلان على خلو الصورة من البيانات الخاصة باسم المحضر والمحكمة لتي يتبعها وتاريخ حصول الإعلان وساعته وسائر البيانات غير الجوهرية مادام يبين من أصل ورقة الإعلان ورود هذه البيانات فيها " (١٩٨٣/٣/٢٩ طعن ١٣٧١ سنة ٤٩ق)

وبأنه لا إغفال بيان غيبة المعلن إليه عن موطنه عند تسليم الصورة لغيره ممن عددتهم المادة العاشرة متى ورد هذا البيان في أصل ورقة الإعلان " (١٩٨٦/١/٢١ طعن ٦٥١ سنة ٥١ق) ولا خلو الصورة من صفة من تسلمت الصورة بأنها تابعة المعلن إليه مع وروده في الأصل (١٩٧٨/١/٢٤ - م نقض م - ٢٩ - ١٩٠) ثم قضت بأنه " لا يترتب البطلان على خلو الصورة من البيانات الخاصة باسم المحضر الذي باشر الإعلان واسم مستلم الصورة ، وما إذا كان هو المراد إعلانه أو غيره ، وصلته بمن سلمت إليه الصورة ، وتاريخ وساعة وصول الإعلان ، طالما وردت هذه البيانات بأصل ورقة الإعلان "

وعلى أية حال فإنه بالنسبة الى توقيع المحضر فإنه لا خلاف في أنه يتعين على أن يرد في الصورة والأصل وأن خلو أيهما من هذا البيان يترتب عليه انعدام الإعلان ، إذ هو يفقد ورقة الإعلان رسميتها ، ومن ثم فهو عبث لا يقبل التصحيح بالحضور ولا يخضع في التمسك به لحكم المادة ١٠٨ من قانون المرافعات.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إغفال البيان الخاص بتوقيع المحضر على صورة الإعلان ، يعدم ذاتيها كورقة رسمية فيكون البطلان الناشئ عنه متعلقا بالنظام العام فلا يسقط بالحضور ولا بالنزول عنه وإنما يكون للخصم أن يحضر بالجلسة ويتمسك به " (١٩٧٧/١٢/٧ - م نقض م - ٢٨ - ١٧٥٩ - ١٩٨٣/٦/٥ طعن ٣٢ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٣ - ١٣٦٥ - ٨٦/١٩/٣/٢٧ طعن ١٢٣٢ سنة ٥٢ق) . (محمد كمال بعد العزيز ، مرجع سابق)

ويلاحظ أنه إذا تعددت الصور لتعدد المعلن إليهم وجب أن تكون كل صورة منها صحيحة في ذاتها مطابقة للأصل ، فإذا شاب إحدى الصور نقص أو خطأ كان الإعلان باطلا بالنسبة لمن سلمت إليه هذه الصورة من المعلن إليهم ، ويكون الإعلان صحيحا بالنسبة للآخرين ، ولا يجوز لهم التمسك ببطلان الإعلان الذي تم بصورة باطلة .

وبالنسبة الى الإعلان بواسطة البريد فهو يتم دون إطلاع المعلن إليه على الأصل ودون توقيعه عليه ، فلا يشترط التطابق وإن كان القانون يفترضه ولا يترتب ثمة بطلان جزاء تخلفه ويكفي أن تكون الصورة صحيحة في ذاتها ، فإذا أبرزها المعلن إليه وكانت صحيحة امتنع عليه التمسك ببطلان الأصل ولو كان مشوبا بالبطلان ، وإذا أبرز المعلن الأصل كدليل على حصول الإعلان وكان صحيحا فإن المحكمة تفترض تطابقه مع الصورة ، ومن ثم تعتد به كدليل على حصول الإعلان بالبريد ما لم يثبت خصمه أنه لم يتسلم الصورة على وجه الإطلاق أو أبرزها وكانت باطلة في ذاتها ، وإذا أبرز المعلن الأصل وكان باطلا فإن المشرع يفترض أيضا تطابق الصورة معه فتكون باطلة ، وبعبارة مختصرة المشرع يفترض التطابق سواء عند الإعلان على يد محضر أو عند الإعلان بطريق البريد ، وإنما هو يرتب البطلان جزاء عدم التطابق بالنسبة الى الإعلان على يد محضر ، ولا يرتبه عند الإعلان بالبريد ويكتفي بأن تكون الصورة صحيحة في ذاتها . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

خامساً : البيانات التي عددتها المادة ويجب أن يشتمل عليها الإعلان والبيان الأول الخاص بتاريخ الإعلان : لا يلزم استخدام الكتابة والأرقام بل يكفي أحدهما وأن وقع تعارض بينهما رجح الأول ، ويتعين أن يكون التاريخ بالتقويم الميلادي ، ولا يلزم ذكر اسم اليوم فإن ذكر واتضح عدم مطابقته مع التاريخ رجح التاريخ ما لم تدل قرائن الأحوال على العكس ، وإذا اختلف التاريخ بين الأصل والصورة للمعلن إليه التمسك بالصورة ، وإذا وقع في البيان نقص أمكن تكملته من باقي بيانات الورقة (١٩٥٣/١/١٨ - م نقض م - ٤ ٣٢٨) ولا يجدى التمسك بعدم ذكر الساعة دون الادعاء بحصول الإعلان في ساعة لا يجوز إجراؤه فيها (١٩٦٩/١٢/٢٣ - م نقض م - ٢٠ - ١٣٠٣ - ١٩٨١/٢/٢٢ طعن ١٠٦٠ سنة ٤٥ق - ١٩٨٩/٧/٣٠ طعن ٩٨٣ سنة ٥٣ق)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " خلو الصورة من بيان تاريخ إعلان صحيفة دعوى الشفعة لا يترتب عليه البطلان طالما تحققت الغاية من الإجراء (١٩٧٨/١١/٢٩ طعن ١٨٩٨ سنة ٥١ق – ١٩٨١/٦/٢٢ – م نقض م – ٣٢ – ١٨٨٧ – ١٩٨١/١/٢٢ - م نقض م – ٣٢ – ٥٧٩ – ١٩٨٠/٥/١٠ - م نقض م – ٣١ – ١٣٢٥)

البيان الثاني الخاص بطالب الإعلان : الغرض من هذا البيان هو إعلان ذوي الشأن بطالب الإعلان وصفته وموطنه علما كافيا ، وتكمل عناصر هذا البيان بعضها ويكون المعول عليه كفاية هذه البيانات في تحديد شخصية طالب الإعلان تحديدا لا لبس فيه وليس من شأنه التجهيل به ، فكل بيان من شأنه تحقيق ذلك يكفي في بيان طالب شأنه التجهيل لا يبطل الإعلان (١٩٦٣/٦/٢٠ – م نقض م – ١٤ – ٨٧٨ – ١٩٨٣/١٤١١ طعن ٥٠٣ سنة ٥٠ق – ١٩٩٢/٤/٢٠ طعن ٢١٩٤ سنة ٥٦ق) فإذا أغفل طالب الإعلان بيان موطنه الأصلي فيكفي بيان موطنه المختار (١٩٦٤/١٢/١٧ – م نقض م – ١٥ – ١١٨٩) وتكفي الصفة إذا حددت الشخصية كما تكفي الكنية أو اسم الشهرة إذا غلبا على الاسم الرسمي ، وإذا لم يصرح المعلن بصفته فالأصل أنه يعمل لحسابه أما إذا كان يعمل لحساب غيره فإنه يجب إيراد البيانات المتعلقة بهذا الأخير أى الأصيل وتكون العبرة بالبيانات المتعلقة بالأصلي لأنه الخصم الحقيق ومن ثم لا يؤثر في صحة الإعلان ما قد يقع من خطأ في بيانات ممثله (نقض ١٩٦٧/١٢/٦ – م نقض م – ١٨ – ١٨٢٠ – ١٩٥٦/٢/٢٣ – م نقض م – ٧ – ٢٥٦) وإذا تعدد المعلنون وجب إيراد البيانات المتعلقة بكل منهم وإلا بطل الإعلان بالنسبة لمن نقصت بياناته وحده ، وإذا ثبتت وفاة المعلن قبل إجراء الإعلان بطل هذا الإعلان ما لم يثبت جهل المحضر بالوفاة قبل إجرائه (العشماوي بند ٥٤٩) كما يطب الإعلان إذا وجه من الورقة دون تفصيل البيانات المتعلقة بكل منهم ، وإذا وجه من الحكومة أو أحد مصالحها أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، يكفي ذكر صفة من يمثلها دون اسمه وإذا كانت معلنة من أخد الأشخاص الاعتبارية الأخرى فلا يهم إغفال أو الخطأ في اسم ممثلها إذ يكفي بيان اسم الشركة ومركزها (١٩٦٦/٥/٢٨٥ – م نقض م – ١٧ – ١٢٣٦ – ١٩٦٠/٦/٣٠ – م نقض م – ١١ – ٨٢) وإذا كان هذا الشخص في حالة تصفية وجب ذكر البيانات المتعلقة بالمصفى وإلا بطل الإعلان ، وبديهي أنه لا محل لذكر المهنة أو الوظيفة إلا عند توافر أحداهما لطالب الإعلان فإن تعددت المهن أو الوظائف اكتفى بواحدة منها ، وإذا تعددت الصفات وجب ذكر الصفة التي يخاصم بها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الغرض من البيانات المتعلقة بطالب الإعلان والمعلن إليه هو تعيين شخص كل منهما فلا يؤدي النقص أو الخطأ في بعضها الى البطلان مادام ليس من شأنه التجهيل بالشخص ، فإذا كان الثابت من الإعلانات المتبادلة أن اسم المعلن إليه كان يسبق بلقب (السيد) فإن ورود لفظ سيد في بداية الاسم في إعلان آخر يكون من قبيل الخطأ المادي " (١٩٩٤/٦/١٦ طعن ١١٣٤ سنة ٥٩ق) وبأنه " النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم الذي لا يكون من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة المرددة في الدعوى لا يعتبر وعلى ما جرى من قضاء هذه المحكمة نقصا أو خطأ جسيما مما قصدت المادة ٣٤٩ مرافعات أن ترتب عليه بطلان الحكم " (طعن ٤٥٥ – ٣٥ق – ١٩٦٩/١٢/٤ – س٥٠ ص١٢٥٨).

البيان الثالث الخاص باسم المحضر والمحكمة التابع لها : أوجب النص إيراد اسم المحضر ولقبه :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مادام النعى على الإعلان في هذا الصدد لا يتضمن الادعاء بأن من قام بالإعلان من غير المحضرين ، فإنه لا يجدى صاحب النعى التمسك بأن الاسم مكتوب بخط غير مقرو أو إغفاله كلية " (١٩٧٠/٥/٥ – م نقض م – ٢١ – ٧٨٧ – ١٩٦٩/١٢/٢٥ – م نقض م – ٢٠ – ١٣٣٢ – ١٩٦١/٦/١ – م نقض م – ١٢ – ٥٢٧) وبأنه " إذا بين من أصل ورقة إعلان صحيفة الطعن أنه ورد بها اسم المحضر الذي باشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها وبذلك تحقق ما قصدت إليه المادة التاسعة من قانون الدفع بالبطلان لخلو الصورة المعلنة من هذا البيانات يكون على غير أساس " (طعن ٥٨٧ – ٤١ق – ١٩٧٦/٣/١٦ – س٢٧ ص٦٦٦)

البيان الرابع الخاص بالمعلن إليه : المعول عليه أن تحدد شخصية المعلن إليه على وجه لا لبس فيه ولا يلزم استخدام ألفاظ معينة إذ المقصود هو إعلام ذوي الشأن إعلاما كافيا بالبيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وكل ما يكفي للدلالة على ذلك يحقق الغاية التي ينشدها القانون ومن ثم فإنه متى كان الشخص مختصما أمام أول درجة بصفته ناظرا على وقف إعلان صحيفة الاستئناف يكون صحيحا ولو لم يقترن اسمه فيها بهذه الصفة متى كان واضحا من بيانات الصحيفة أنه اختصم بتلك الصفة (١٩٦٦/١٢/٢٩ – م نقض م – ١٧ – ١٩٩٦) وإذا لم يعترض المعلن إليه على أن الاسم المثبت في الإعلان هو الاسم المعتاد في مخاطبته فلا يترتب أى بطلان (١٩٥٣/٤/٢٣ – م نقض م – ٤ – ٩٢٩)

والغرض من بيان المحضر والمحكمة التي يعمل بها التحقق من أن الشخص الذي قام بإعلان الورقة له صفة القيام به وأنه قام به في حدود اختصاصه أما توقيع المحضر فهو يكسب الورقة صفتها الرسمية ولذلك يتعين توقيعه على الأصل والصورة ويغني عن ذكر اسم المحضر توقيعه إذا كان ظاهرا ومقروءا (خالد شهاب ، مرجع سابق)

البيان الخامس الخاص بمستلم الصورة : يجب بيان اسم مستلك الصورة وصفته التي تخوله استلامها وبديهي أن ذلك إنما يعتمد على ما يدلى به الى المحضر الذي لا يدخل في وظيفته التحقق من هذه البيانات وقد كان النص قبل تعديله بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ يجيز تسليم الصورة الى من يقبل استلامها وأن امتنع عن التوقيع بشرط أن تتضمن الورقة بيان سبب الامتناع (١٩٥٧/٤/٢٥ – م نقض م – ٨ – ٤٥١ – ١٩٥٧/١١/٧ – م نفض م – ٨ – ٧٧٦) وكان المقصود بسبب الامتناع الذي يجب بيانه هو سبب الامتناع عن التوقيع وليس سبب الامتناع عن الاستلام لأنه في الحالة الأخيرة تسلم الصورة في جميع الأحوال الى جهة الإدارة ولأن التوقيع هو الذي يسهد على الاستلام ومن ثم تمام الإعلان (١٩٦٨/٢/١ – م نقض م – ١٩ – ١٩٥) وبالنظر الى ما كان يتيحه النص من عبث بالإجراءات بالادعاء بتسليم الصورة مع الامتناع عن التوقيع ، فقد عدل المشرع النص بموجب القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ فأوجب على المحضر تسليم الصورة الى جهة الإدارة عند امتناع من خاطبه عن الاستلام أو عن التوقيع ، ومن هنا قضت محكمة النفض بأنه " لا يلزم إثبات اسم وصفة من خاطبه المحضر في حالة امتناعه عن الاستلام أو عن التوقيع إذ يلتزم في الحالين بتسليم الصورة الى جهة الإدارة (١٩٨٧/١٢/٢ طعن ٥٧١ سنة ٥٢ق – ١٩٧٩/٥/٣١ – م نقض م – ٣٠ العدد الثاني – ٥٠١) أما إذا تسلم المخاطب معه الصورة فإن خلو ورقة الإعلان من توقيعه تبطل الإعلان (١٩٦٠/١٢/٦ – م نقض م – ١١ – ٨٧١ – ١٩٥٧/٤/٢٥ – م نقض م – ٨ – ٤٥١ – ١٩٥٦/٥/١٧ – م نقض م – ٧ – ٨٩١).

البيان السادس الخاص بتوقيع المحضر : توقيع المحضر شرط لرسمية الورقة ويجب أن يتم بخطه فلا يكفي الختم أو الطابع الخاص ، وهذا البيان يكمل البيان الثالث بحيث يكفي التوقيع إذا خلت الورقة من اسم المحضر ، وقد ذهب الفقه الى أنه إذا كان التوقيع غير مقروء وخلت الورقة من اسم المحضر بطلت الورقة ، إلا أن محكمة النقض قضت بأنه " متى أورد المحضر في الورقة وصورتها اسمه وتوقيعه انتفى البطلان ولو كان الخط والتوقيع غير مقروءين مادام لم يدع أن من قام بالإعلان من غير المحضرين (١٩٦١/٦/١ – م نقض م – ١٢ – ٥٢٧ – ١٩٧٦/٣/١٦ –م نقض م – ٢٧ – ٦٦٥ – ١٩٨١/٢/٢٢ – م نقض م – ٣٢ – ٥٧٩ – ١٩٨٩/٣/١٩ طعن ١٤٢ سنة ٥٦ق)

ولكن إذا خلا أصل الورقة أو صورتها من توقيع المحضر ولو كان غيره مقروء ، فقدت الورقة رسميتها ووقع الإعلان معدوما :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن توقيع المحضر على الورقة التي تم بها الإجراء الذي قام به هو الذي يكسبها صفتها الرسمية فإذا خلت من هذا التوقيع فقدت ذاتيتها كورقة رسمية وانعدام أى أثر لها وتعلق بطلانها لهذا السبب بالنظام العام فيجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى " (١٩٨٢/٤/٢٢ طعن ١٠٥٨ سنة ٤٥) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

كما قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نص المادتين التاسعة والتاسعة عشرة من قانون المرافعات أن الشارع أوجب أن يشتمل أوراق صحف الدعاوى والاستئناف على بيان خاص بتحديد تاريخ ووقت حصول الإعلان وبيان اسم المحضر الذي يباشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها وتوقيعه على كل من الصورة والأصل . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن للمعلن إليه أن يتمسك ببطلان الصورة المعلنة ولو خلا أصلها من أسباب البطلان باعتبار أن الصورة بالنسبة إليه تقوم مقام الإعلان ، ولا يجوز تكملة النقص الموجود بورقة التكليف بالحضور بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها "

ويتعين على المحضر إثبات الخطوات التي اتبعها في إجراء الإعلان في حينها ، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأخيرة من المادة ١١ ومن ثم يتعين قبل تسليم الصورة لجهة الإدارة أن يسبق ذلك محضر يثبت فيه المحضر انتقاله الى موطن المعلن إليه ، ووجوده مغلقا أو عدم وجود من يصح تسليم الصورة إليه ، أو رفض من وجده الاستلام أو التوقيع ، ثم يتبع ذلك بمحضر يثبت فيه انتقاله الى القسم أو مقر العمدة أو الشيخ وتسليمه الصورة الى أحدهم أو من ينوب عنه ، فإن قفز المحضر الى تحرير هذا المحضر الأخير دون أن يسبقه بالمحضر السابق بطل الإعلان ولو أشار في المحضر الأخير الى سبق انتقاله الى موطن المعلن إليه ، لأنه يتعين إثبات كل خطوة في حينها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الثابت أن المحضر حرر في يوم ١١ أغسطس محضرا أثبت فيه أنه انتقل في اليوم السابق ١٠ أغسطس الى منزل المعلن إليه فوجده مغلقا فانتقل الى قسم البوليس في يوم ١١ من أغسطس المذكور وسلم صورة الإعلان للضابط المنوب فإن هذا الإعلان يكون باطلا لمخالفته لما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ مرافعات من وجوب إثبات كل خطوة من الخطوات السابقة على حصول الإعلان في حينها بالتفصيل في أصل الإعلان وصورته ، ولا محل لما يثيره الطاعن من حجية ما أثبته المحضر وعدم جواز مناقضته إلا بالطعن بالتزوير ذلك لأن ما يؤخذ على المحضر ليس هو إثباته أنه انتقل الى منزل المعلن إليه يوم ١٠ أغسطس مع أنه لم ينتقل بل يؤخذ عليه أنه أثبت هذا الانتقال في اليوم التالي " (١٩٥٦/٣/١٥ طعن ٣٠٦ سنة ٢٢ق – م نقض م – ٧ – ٣٣٤ ، ١٩٨٣/٥/٥ طعن ١٥٨٧ سنة ٤٩ق – ١٩٦١/٥/١٨ – م نقض م – ١٢ – ٥٠٧ – ١٩٥٥/٣/٣ طعن ٣٠٨ سنة ٢١ق – ١٩٥٣/١٢/١٧ طعن ٢٦٠ سنة ٢١ق – ١٩٥٣/٦/١٨ طعن ٢٥٠ سنة ٢٠ق – ١٩٤٥/٤/٥ طعن ٨٣ سنة ١٤ق منشورة بمجموعة الخمسين عاما المجلد الثاني ص١٥٢٧ – ١٥٢٨)

كما قضت بأنه " إذا كان يبين من محضر إعلان الطعن أن المحضر أثبت انتقاله الى موطن المطعون عليه فوجده مغلقا ومن ثم أعلنه بالقسم في اليوم التالي وأخطر عنه بينما هذا الإجراء لم يكن قد تم ولا اتخذ بعد وتمامه أو عدم تمامه في اليوم التالي غيب واحتمال ما كان للمحضر أن يجازف بإثباته في تاريخ سابق على حصوله وفي ذلك ما يدعو الى عدم التحقق من إثبات خطوات الإعلان وإجرائه على الوجه المقرر في المادة ١٢ من قانون المرافعات فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا " (١٩٦٢/٥/٣٠ – م نقض م – ١٣ – ٧٢) وقد أراد المشرع بذلك توفير رقابة على المحضر فيما يباشره من إجراءات يترتب على إتمامها آثار قانونية مختلفة (١٩٧١/٤/١٥ –م نقض م – ٢٢ – ٤٨٢)

ولكن المحضر غير ملزم بالتحقق من شخصية وصفة مستلم الصورة متى تم تسليمها في موطن المعلن إليه سواء كان هو نفسه المعلن إليه ، أو كان واحدا ممن يجيز القانون تسليم الصورة إليه في موطن المعلن إليه أو من ملاحظة إقامته معه في هذا الموطن إن كان يشترط ذلك لاستلامه الصورة ، وإنما يكفي أن يثبت المحضر البيانات التي يدلى إليه بها في هذا الشأن من خاطبه في موطن المعلن إليه ، ويترتب على ذلك أنه يكون من غير المنتج الادعاء بالتزوير على ما أثبته المحضر في صدد هذا البيان مادام الطعن بالتزوير لا ينصب على واقعة انتقال المحضر الى موطن المعلن إليه ومخاطبته فيه شخصيا أدلى له بتلك البيانات (١٩٧٠/٤/٢٣ – م نقض م – ٢١ – ٦٨٩) كما لا يجدى الادعاء بعدم صحة ما زعمه مستلم الصورة بموطن المعلن إليه في اسمه أو صفته التي تجيز له الاستلام طالما أنه خوطب في موطن المعلن إليه (١٩٦٣/٥/٣٠ – م نقض م – ١٤ – ٧٦٩ – ١٩٦١/٦/١ – م نقض م – ١٢ – ٥٢٧ – ١٩٦٦/٢/١٧ – م نقض م – ١٧ – ٣١٨)

تسليم الأوراق للمطلوب إعلانه :

الإعلان لشخص المعلن إليه :

تسليم ورقة الإعلان لشخص المعلن إليه هى أفضل وأسمى طرق الإعلان فعالية ، لتحققها الهدف المقصود من مباشرته وهو إيصال واقعة معينة الى علم المراد إعلانه.

كما أن ذلك يعني الاختصار في الوقت والاقتصاد في النفقات ، بعكس ما إذا رفض الاستلام فيجب على المحضر أن يتوجه بالإعلان الى جهة الإدارة ثم إرسال خطاب مسجل الى موطن الشخص الذي يرفض الاستلام .

وتنص المادة (١٠) من قانون المرافعات على أنه " تسلم الأوراق المطلوب إعلانها الى الشخص نفسه ، أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون .

وإذ لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة الى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار " .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ : عنى المشروع بالنص في المادة ١٠ منه على الإجراءات الواجب على المحضر إتباعها في حالة عدم وجود الشخص المطلوب إعلانه في موطنه فنص على أن الورقة تسلم الى من يقر أنه وكيله أو أنه يعمل في خدمته أو أنه من الساكنين معه من أقاربه أو أصهاره فليس على المحضر أن يتحقق من صحة صفة من يتقدم إليه في موطن المعلن إليه لتسلم الورقة ومقتضى ذلك أن الإعلان يصح لوكيل الشخص ولو تعلقت الورقة بموضوع يجاوز نطاق الوكالة ، ويشمل تعبير من يعمل في خدمة الشخص تابعه الذي يعمل لحسابه بأجر أيا كان نوع العمل الذي يؤديه إذ العبرة بتوافر رابطة التبعية بين من تسلم الإعلان والمعلن إليه لا بنوع الخدمة التي يؤديها .

وجاء بتقرير اللجنة التشريعية عن مشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ عدلت اللجنة نصوص المادتين ١٠ ، ١١ من المشروع الخاصتين بإعلان أوراق المحضرين بإضافة حكمين ، يقضي أولهما بضرورة تسلم الورقة لجهة الإدارة إذا امتنع من يوجد في موطن المعلن إليه عن تسلمها ولو كان الممتنع هو المعلن إليه شخصيا ، ويقضي الثاني بضرورة إرسال خطاب مسجل بعلم الوصول الى المعلن إليه في كل حالة يحصل فيها تسليم الورقة لغير المعلن إليه ولو تم التسليم في موطنه ، وكان رائد اللجنة في هذا التعديل ضمان علم المعلن إليه بالورقة وتفادي ما يتعرض له هذا العلم من احتمالات في العمل . (يلاحظ التعديل الثاني الذي أدخل على الفقرة الثانية من المادة ١١ بموجب القانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٤) .

ويكون الإعلان لشخص المعلن إليه في أى مكان ولو كان في غير موطنه وسواء كان للمعلن إليه موطن معلوم في مصر أو في الخارج أو ليس له موطن معلوم ، على أنه إذا تم الإعلان لشخص المعلن إليه في غير موطنه كان المحضر مسئولا عن الخطأ في شخص المعلن إليه إذ الفرض أنه لم يتم الإعلان لشخص المعلن إليه في غير موطنه إلا لأنه معروف لديه أو بعد أن قام بالاستدلال عليه أما إذا تم الإعلان لشخص المعلن إليه في موطنه فإن المحضر لا يكون مسئولا عن ذلك الخطأ لأنه في هذه الحالة غير مكلف بالتثبيت من شخصية مستلم الإعلان وصفته بل يكفي أن يسلم الصورة في موطن المعلن إليه الى من يقرر له أنه المعلن إليه (إبراهيم سعد بند ٢٨٤) وأن محل التجارة يعتبر موطنا للتاجر - بجانب موطنه الأصلي - بالنسبة للأعمال المتعلقة بهذه التجارة (١٩٦٦/١/٤ - م نقض م - ١٩٦٢/١٢/١٧ - م نقض م - ١٢٢٠ - ١٩٦٢/١١/١٥ - م نقض م - ١٣ - ١٠٣٢) ومن ثم يجوز إعلانه في هذا الموطن الخاص ولو أغلق المحل التجاري وقت الإعلان لمغادرة المعلن إليه الجمهورية مادام أن ذلك لا يفيد بذاته انتهاء النشاط التجاري (١٩٦٦/١/٤ - م نقض م - ١٧ - ٣٢)

فالمادة (١٠) من قانون المرافعات تفيد أن الأوراق المطلوب إعلانها تسلم إما الى الشخص نفسه أو في موطنه والإعلان لنفس الشخص جائز في أى مكان يوجد فيه بشرط ألا يرتكب المحضر جريمة في سبيل الوصول إليه كدخول منزل عنوة مثلا وهذه الطريقة تقتضي أن يكون الشخص المراد إعلانه معروفا لدى المحضر وأن يقبل هذا الشخص تسلم صورة الورقة المعلن . (خالد شهاب ، مرجع سابق)

وإذا امتنع المعلن إليه الذي خاطبه المحضر شخصيا في غير موطنه ، عن الاستلام أو التوقيع فإننا نرى أنه يتعين على المحضر في هذه الحالة لانتقال الى موطن المعلن إليه لإجراء الإعلان على النحو الذي فصله القانون بحيث إذا امتنع من وجده سواء كان هو شخص المعلن إليه أو غيره ممن عددتهم المادة عن الاستلام انتقل المحضر لتسليم الصورة الى جهة الإدارة ، ولكن يمتنع عليه تسليم الصورة الى جهة الإدارة مباشرة لمجرد القول بامتناع المعلن إليه عند مخاطبته له في غير موطنه عن الاستلام أو التوقيع وذلك بتقدير أن الأصل أن يتم تسليم الصورة في موطن المعلن إليه .

أما إذا امتنع المعلن إليه الذي خاطبه المحضر في موطنه عن استلام الصورة أو عن التوقيع فإنه يتعين على المحضر بصريح نص الفقرة الأولى من المادة ١١ بعد تعديلها بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ، تسليم الصورة الى جهة الإدارة ، فإن لم يفعل لا يعتبر الإعلان قد تم ، لأنه إذا امتنع شخص المعلن إليه عن الاستلام فلا تكون الصورة قد سلمت وبالتالي لا يكون هناك إعلان لأن الإعلان لا يتم بتسليم الصورة الى من حدده القانون وإذا امتنع شخص المعلن إليه عن التوقيع امتنع على المحضر وفقا للنص بعد تعديله بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ تسليمه الصورة ، فلا يكون هناك إعلان كذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " في حالة امتناع شخص المعلن إليه عن الاستلام يجب على المحضر تسليم الصورة الى جهة الإدارة وإلا كان الإعلان باطلا " (١٩٥١/١١/١٥ - م نقض م - ٣ - ٦٥ - ١٩٥٧/١١/٧ طعن ٣٤٥ سنة ٢٣ق - م نقض م - ٨ - ٧٧٦).

ويرى البعض أنه إذا لم يسلم المحضر الصورة الى جهة الإدارة في حالة امتناع شخص المعلن إليه عن الاستلام أو التوقيع فلا يجوز للمعلن إليه عملا بالمادة ٢٤ مرافعات أن يتمسك بالبطلان لأنه الذي تسبب فيه ومن ثم لا يوقع على تلك المخالفة أى جزاء . (والي بند ٢٣٣ - محمد إبراهيم في أصول صحف الدعاوى ص٣٢١) ولكن هذا الرأى محل نظر إذ فضلا عن أنه لا يحدد لحظة إجراء الإعلان مع الامتناع عن الاستلام أو التوقيع ولا يواجه ما ذكرناه وفضلا عن مخالفته صريح نص المادة ١١ بعد تعديلها بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ حيث أوجبت تسليم الصورة الى جهة الإدارة في حالة امتناع المذكورين في المادة العاشرة عن الاستلام ومنهم شخص المعلن إليه (في هذا المعنى سيق ص٤٥٩) فإنه غير صحيح أن المعلن إليه هو الذي تسبب في البطلان لأن البطلان لا يرجع الى امتناع المعلن إليه عن الاستلام أو التوقيع ، وإنما هو يرجع الى مخالفة المحضر لواجبه في هذه الحالة بعدم تسليمه الصورة الى جهة الإدارة وهو تقصير لم يتسبب فيه المعلن إليه بداهة لأن مجرد امتناعه عن الاستلام أو التوقيع لا يحول دون المحضر وأداء واجبه في تسليم الصورة الى جهة الإدارة ، ويضاف الى ذلك أن هذا الرأى يهدر التعديل الذي أدخله المشرع بموجب القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ على نصوص المواد ٩ - ١١ - ١٣ مرافعات وما هدف إليه من ورائه من منع العبث بالادعاء على غير الحقيقة بامتناع المعلن إليه عن التوقيع . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

ويتم الإعلان بانتقال المحضر ال موطن المعلن إليه ويستدل عليه المحضر من ورقة الإعلان المقصود بالموطن هنا هو الموطن الأصلي ، أى المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فلا يعتبر محل السكن موطنا (م٤٠ مدني) والتي نصت على الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن وفي هذه الحالة يصح الإعلان بتوجيهه في أى منها ويستقل قاضي الموضوع بتقدير الموطن وتقدير عنصر الاستقرار فيه .

والموطن الأصلي لا يقتصر على الموطن العام الذي حددته المادة ٤٠ من التقنين المدني ، وإنما هو يشمل معه موطن الأعمال المنصوص عليه في المادة ٤١ من التقنين المدني ، والموطن القانوني أو الحكمي لعديمي وناقصي الأهلية المنصوص عليه في المادة ٤٢ من التقنين المدني ، فكل من موطن الأعمال والموطن الحكمي إذا توافرت شروطهما يعتبر موطنا أصليا للمعلن إليه ، فيجوز إعلان المعلن إليه فيه حيث يجوز الإعلان في الموطن الأصلي ، فموطن الأعمال بالنسبة للتاجر وهو المكان الذي يباشر فيه تجارته ، يعتبر بالنسبة الى الأعمال المتعلقة بالتجارة موطنا أصليا للتأجير ، يتميز عن الموطن المختار ومن ثم يصح إعلانه فيه بالأعمال التي لا يجوز إعلانها في الموطن المختار كإعلان الحكم الذي يسري منه ميعاد الطعن (م ٢١٣) أو إعلان الطعن (م ٢١٤) أو إعلان السند التنفيذي مع التنبيه بالوفاء (م ٢٨١) وكذلك الأمر بالنسبة للموطن الحكمي لعديمي وناقصي الأهلية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الموطن المقصود هو المركز الشرعي المنسوب الى الشخص الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب بعض الوقت ، والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذي يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمه الذي يقوم فيه باستيفاء ما له وإبقاء ما عليه" (١٩٤٧/٥/١ طعن ١٣٤ سنة ١٥ق - الخمسين عاما - المجلد الثاني ص١٥١٢ بند ٢٧).

ومن خلال هذا النظر أجازت محكمة النقض إعلان الحكم الذي يجرى عنه ميعاد الطعن في موطن الأعمال المتعلقة بموضوع الحكم باعتباره موطنا أصليا ، وليس موطنا مختارا فقضت بأنه " وحيث أن النص في الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٣ من قانون المرافعات على أن يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من القانون المدني على أن يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، وفي المادة ٤١ من ذات القانون على أن يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة ، يدل على أن المشرع وإن خرج في النص الأول على القواعد المقررة للإعلان المنصوص عليها في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ من قانون المرافعات وذلك إذا كانت ورقة الإعلان تحمل حكما مما يبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ إعلانه ضمانا لوصوله الى علم من وجه إليه ولما تتسم به مواعيد الطعن من أهمية بين إجراءات التقاضي إلا أن مؤدى المادتين ٤٠ ، ٤١ المشار إليهما أنه إذا كان المعلن إليه تاجرا أو حرفيا وكانت الخصومة في الدعوى تناول أعمالا تتعلق بهذه الحرفة أو تلك التجارة فإنه يجوز اعتبار المحل الذي تزاول فيه هذه أو تلك موطنا للتاجر أو الحرفي بجانب موطنه الأصلي يصح إعلانه في بكافة الأوراق المتعلقة بهذه الخصومة وذلك للحكمة التي أفصح عنها المشرع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين ولا تعتبر الإقامة الفعلية عنصرا لازما في موطن الأعمال الذي يظل قائما ما بقى النشاط التجاري أو الحرفي مستمرا وله مظهره الواقعي الذي يدل عليه والذي تستخلصه محكمة الموضوع من أوراق الدعوى وظروفها وأن غلق المحل التجاري لا يفيد بذاته إنهاء النشاط التجاري فيه . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على سند من بطلان إعلان المطعون ضده بصحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة وبالحكم الصادر فيها لإجرائه بالعين المؤجرة وليس بمحل إقامته ، وذلك دون أن يناقش ما تمسك به الطاعن من أن المطعون ضده إنما يزاول حرفته (نجار) بهذه العين والتي يدور النزاع في الدعوى حول التزامه بسداد أجرتها وهو ما يدخل في أعمال إدارتها باعتبار أن العين التي يقوم فيها النشاط التجاري أو الحرفي تعد عنصرا جوهريا في هذه النشاط وهو دفاع جوهري يتغير به لو صح - وجه الرأى في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتحجب بذلك عن بحث مدى استمرار النشاط الحرفي للمطعون ضده قائما بالعين المشار إليها وقت الإعلان ومظاهره مما يعيبه أيضا بقصور التسبيب ويستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن " (١٩٨٩/١/٨ طعن رقم ١١٩٠ لسنة ٥٢ق - ١٩٦٦/١/٤ - م نقض م - ١٧ العدد الأول - ٣٢ - ١٩٧٦/٤/١ - م نقض م - ٢٧ - ٨٤٤)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه " لا يعتبر موطنا أصليا المكان الذي يباشر فيه الموظف عمله (١٩٥٢/٢/٧ طعن ١٨٦ سنة ١٩ق - الخمسين عاما المجلد الثاني ١٥١٣ - ٢٨) ولا مكتب المحامي فيما لا يتعلق بأعمال مهنته (١٩٧٩/١/٢٠ -م نقض م - ٣٠ العدد الأول - ٢٤٩ - ١٩٥٥/٣/٣١ طعن ٣٨٧ سنة ٢١ - الخمسين عاما المجلد الثاني ١٥١٣ - ٢٩) ما لم يحدده هو نفسه عنوانا له في الأوراق المعلنة عنه الى خصمه إذ يدل ذلك على اتخاذه من مكتبه موطنا مختارا له (١٩٦٦/٥/٣٠ - م نقض م - ١٤ - ٧٦٩ - ١٩٥٩/١٢/١٧ - م نقض م - ١٠ - ٨٣٤) ولا المكان الذي يتلقى فيه الشخص العلم دون أن يقيم فيه (١٩٦٩/٥/٢٧ - م نقض م - ٢٠ - ٨٠٢) ولا مقر دائرة المعلن إليه متى لم يتخذه موطنا مختارا (١٩٦٣/٤/٢٥ - م نقض م - ١٤ - ٦١٦) ولا منزل العائلة متى لم يثبت استمرار الإقامة فيه على وجه الاعتبار مع توافر نية الاستيطان (١٩٨٢/١٢/٥ طعن ١٨٢ سنة ٤٨ق - ١٩٦٦/٣/١٠ - م نقض م - ١٧ - ٥٥١).

ولتحديد موطن المعلن إليه أهمية بالغة إذ أنه في غير الحالات المستثناة ، يقع إعلان الشخص في غير موطنه الأصلي باطلا (١٩٨٩/٤/١٧ طعن ٨٧٨ سنة ٥٨ق)

ويتعين على طالب الإعلان التحري والتثبت من موطن المعلن إليه ، ولا يعتبر عجزه عن ذلك قوة قاهرة (١٩٦٨/٢/٢٠ - م نقض م - ١٩ - ٣١٥) ويستدل المحضر على موطن المعلن إليه من البيانات التي أوردها طالب الإعلان في الورقة ، فإذا أخبر فيه أنه انتقل إلى مكان آخر أثبت ذلك في محضره وانتقل إلى المكان الجديد إذا كان يدخل في دائرة اختصاصه المكاني أو أرسل الأوراق إلى قلم المحضرين المختص فإذا أخفق المحضر في التوصل إلى الموطن الحقيق للعمل إليه أثبت ذلك في محضره ورد الأوراق لطالب الإعلان (١٩٧٣/٦/١٢ طعن ٣١/٢٩ سنة ٣٨ق - م نقض م - ٢٤ - ٨٩٤ - ١٩٧٠/٤/٣٠ طعن ٢٦ سنة ٣٦ق - م نقض م - ٢١ - ٧٤٨ - والي بند ٢٣٤ - محمد إبراهيم في أصول صحف الدعاوى ص٣٢٣) وإذا دفع المعلن إليه ببطلان الإعلان لإجرائه في مكان لا يعتبر موطنا له ، فإن الأمر لا يحتاج منه أن يطعن بالتزوير على ما أثبته المحضر من انتقاله الى موطنه ، لأن المحضر غير مكلف بالتحقق من صحة موطن المعلن إليه ، وإنما هو ينتقل لإجراء الإعلان في المكان الذي يورده طالب الإعلان في الورقة باعتباره موطنا للمعلن إليه ، ومن ثم يجوز للمعلن إليه أن يثبت بكافة الطرق أن هذا المكان ليس موطنا له دون أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير .

ويجب على المحضر في هذه الحالة بيان اسم وصفة مستلم الصورة وصلته بالمعلن إليه يذكر إن كان من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار أو وكيلا أو تابعا وإلا كان الإعلان باطلا (١٩٨٣/١٢/٢٩ طعن ٣٢٣ سنة ٥٠ق - ١٩٨٠/١٠/٢٨ - م نقض م - ٣١ - ٣٢٤ - ١٩٦٤/١٢/٢١ - م نقض م - ١٥ - ١٢٨٤ - ١٩٦٢/٥/٢٣ - م نقض م - ١٣ - ٦٥٨ - ١٩٧١/١/٧ - م نقض م - ٢٢ - ٣٨ - ١٩٦٠/٣/١٧ - م نقض م - ٢٢٦) فإذا كان من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار وجب بيان أنه يقيم مع المعلن إليه وإلا بطل الإعلان (١٩٨٠/١٠/٢٨ م نقض م - ٣١ - ٣٢٤ - ١٩٦٣/٣/٢١ - ١٤ - ٣٤٢ - ١٩٦٠/٤/٢١ - م نقض م - ١١ - ٣٢٤ - ١٩٦٠/١/٢٨ - م نقض م - ١١ - ٨٤ - ١٩٥٣/١٠/٢٩ طعن ٣٩٣ سنة ٢٠ق - الخمسين عاما المجلد الثاني - ١٥٢١ - ٩) فإذا ذكر في ورقة الإعلان أنه سلم الصورة الى زوجة أخ المعلن إليه دون ذكر اسمها أو اسم زودها أو إقامتها مع المعلن إليه كان الإعلان باطلا (١٩٥٥/٣/٣١ طعن ٤٧ سنة ٥٢ق - الخمسين عاما المجلد الثاني - ١٥٢١ - ٦٠) وإذا سلم الصورة الى صهر المعلن إليه دون أن يذكر أنه يقيم معه كان الإعلان باطلا (١٩٥٣/١٠/٢٩ طعن ٣٣٣ سنة ٢٠ق - الخمسين عاما المجلد الثاني ١٥٢١ - ٩)

ويشترط لصحة التسليم الى الزوج أو الزوجة أن تكون الزوجية قائمة عند إجراء الإعلان فإن كان قد وقع بينهما الطلاق الرجعي حيث تستمر الإقامة بينهما فيصح الإعلان بتقدير أن الطلاق الرجعي لا يمنع من اعتبار الزوجية قائمة كما لا يمنع من استمرار إقامة الزوجة في مسكن الزوجية ، أما إذا كان الطلاق بائنا لا تعتبر الزوجية قائمة سواء كان الطلاق بائنا بينونة كبرى أو بائنا بينونة صغرى وفي جميع الأحوال يشترط أن يكون الزوج مستلم الصورة مقيما مع زوجه المعلن إليه في المكان الذي أجرى فيه الإعلان وإلا لم يصح تسليم الصورة إليه . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

والمقصود بالأقارب والأصهار هم الذين عددتهم المواد ٣٤ – ٣٥ – ٣٧ من التقنين المدني ، حيث تنص المادة ٣٤ من أنه " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك وتنص المادة ٣٥ على أن " القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الأصول والفروع ، وقرابة الحواشي هى الرابطة ما بين أشخاص تجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر " ، وتنص المادة ٣٧ " أقرب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر " ، ويلاحظ أنه يستوي في الأصل المشترك أن يكون ذكرا أو أنثى ، كما يلاحظ أنه وإن كان أقارب أحد الزوجين يعتبر قريبا للزوج الآخر في الدرجة نفسها ، إلا أن أقارب أحد الزوجين لا يمتون بقرابة المصاهرة لأقارب الزوج الآخر ، فأخ الزوج قريب له من الدرجة الثانية فيكون قريبا لزوجته بالمصاهرة في الدرجة ذاتها ولكنه لا يمت لأخ الزوجة بأية قرابة ولا يهم نوع أو درجة القرابة ، ولا يشترط فيمن يجوز تسليمه الصورة سنا بعينه ولا أهلية خاصة وإنما يكفي أن يتوافر لديه قدر من التمييز يتحقق به إدراكه أهمية تسليمه الصورة الى المعلن إليه (المدونة الجزء الأول ص٤٥٤ للأحكام المشار إليها) ويفترض توافر الأهلية فيمن سلمه المحضر الصورة حتى يقيم من يدعى العكس الدليل على ادعائه (أبو الوفا في التعليق ص١١٥) .

ما يشترط فيمن يجوز تسليمه صورة الإعلان من الأزواج والأقارب والأصهار :

يشترط فيمن يجوز تسليمه صورة الإعلان من الأزواج والأقارب والأصهار أن يكون مقيما مع المعلن إليه في موطنه الذي تم فيه الإعلان ، ولكن لا يلوم أن يكون له مركز قانوني يخوله حقا على العين أو أن تتوافر في إقامته الشروط التي تخوله أن يكتسب عليها حقا قانونيا أو أن يكون قد اتخاذ منها موطنا بدوره ، إنما يكفي أن يشهد ظاهر الحال .

ويجوز تسليم الصورة الى الوكيل ، ويشترط في هذه الحالة قيام علاقة وكالة بين المعلن إليه وبين مستلك الصورة ويذهب الرأى السائد الى أنه تكفي علاقة الوكالة ولو لم تكن متعلقة بموضوع الإعلان (والي بند ٢٣٤ – عاشور ص١١٥ – قارن العشماوي بند ٥٧٠ حيث يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الإعلان) وعلى أية حال فإنه وإن كان لا يشترط إقامة الوكيل مع المعلن إليه كشأن الأزواج والأقارب والأصهار – إلا أنه يشترط أن يتم تسليمه الصورة في موطن المعلن إليه بما يستلزم تواجده في موطن المعلن إليه وقت إجراء الإعلان فإن سلم المحضر الصورة الى الوكيل في مكان آخر غير موطن الأصيل المعلن إليه سواء كان موطن الوكيل أو غيره ، بطل الإعلان (١٩٥٥/٤/١٤ طعن ٣٩١ سنة ٢١ق – الخمسين عاما المجلد الثاني – ١٥٢٧ – ٨٠ – ١٩٦٦/١٢/١٧ – م نقض م – ١٧ – ٣٢٤ – ١٠٣ – ١٩٦٩/٢/١٣ – م نقض م – ٢٨ – ١٨٨٨ – ١٩٨٣/١/١٦ طعن ٨٨١ سنة ٥١ق – ١٩٨٨/١/٢٨ طعن ٢٣٤٥ سنة ٥٤ق) ويلاحظ التفرقة بين توجيه الإعلان الى الأصيل مباشرة وتسليم الصورة في موطن وكيله على النحو المتقدم ، وبين توجيه الإعلان مباشرة للوكيل نيابة عن الأصيل ، حيث يجوز اختصام الوكيل بصفته نائبا عن الأصيل بشرط الإفصاح عن صفته وأن يقترن اسمه باسم الأصيل ، وفي هذه الحالة يوجع الإعلان الى موطن الوكيل ويتم إعلانه بصفته فيه ويسري أثر الإعلان في حق الأصيل ، فإذا كانت الورقة المعلنة حكما ، تعين أن يكون الحكم صادرا ضد الوكيل بصفته نائبا عن الأصيل (١٩٨٨/١١/٢٩ طعن ٣٢٢ سنة ٥٥ق – ١٩٨١/١/١٢ – م نقض م – ٣٢ – ١٨٣ – ١٩٣٣/٦/١٥ طعن ١٣ سنة ٣ق – الخمسين عاما المجلد الثاني – ١٥٢٧ – ٧٩) كمال يلاحظ التميز بين الصورتين السالفتين ، وبين إعلان الأصيل في موطن الوكيل باعتباره موطنا مختارا له إذ في هذه الحالة يتعين أن يكون موطن الوكيل موطنا مختارا للأصيل سواء بنص القانون ، أو بإرادة المعلن إليه أو باتفاقه مع خصمه ، كما يتعين أن يكون الإعلان مما يجوز توجيهه الى الموطن المختار .

كما يجوز تسليم الصورة الى من يعمل في خدمة المعلن إليه ، وهى عبارة تتسع لكل من تربطه بالمعلن إليه علاقة تبعية كالخادم والساعي والبواب وناظر الزراعة ووكيل الدائرة ، إذ العبرة بتوافر علاقة التبعية بين مستلم الصورة والمعلن إليه دون نظر الى نوع الخدمة (أبو الوفا في التعليق ص١١٤) ولكن لا يشترط العمل لدى المعلن إليه طوال الوقت وإنما يكفي التردد المنتظم الدائم ، ولكن لا يكفي العمل غير المنتظم كالمرضعة والغسالة أو جليسة الأطفال ، فلا يجوز تسليم الصورة الى مالك الفندق الذي ينزل به المعلن إليه أو أحد الموظفين به (أبو الوفا في التعليق ص١١٤) فإذا توافرت علاقة التبعية فإنه لا يشترط أن يكون عمل التابع طوال الوقت وإن كان يلزم أن يقتضي التردد المنتظم الدائم ، فلا يكفي العمل غير المنتظم كالمرضعة أو الغسالة أو جليسة الأطفال ، وهى على أية حال مسألة موضوعية ولا يشترط أن يكون التابع مقيما مع المعلن إليه ، وإنما يشترط أن يتم تسليمه الصورة في موطن المعلن إليه بأن يكون متواجد فيه وقت الإعلان فإن سلمت إليه الصورة في غير موطن المعلن إليه وقع الإعلان باطلا (١٩٦٦/٢/١٧ - م نقض م - ١٧ - ٣٢١ - ١٩٧٧/١١/٢٧ - م نقض م - ٢٨ - ١٨٨٨ - ١٩٨٨/١/٢٨ طعن ٢٣٤٥ سنة ٥٤ق)

وقد اختلف في شأن جواز تسليم صورة إعلان المستأجر الى البواب ، والراجح في الفقه المصري أن العبرة يتوافر علاقة التبعية فإن كان البواب قد اعتاد القيام بخدمات للمستأجر وتسلم أوراق ترد باسمه وكان المستأجر يمنحه أجرا مقابل ذلك فإنه يعتبر تابعا للمستأجر ويجوز أن تسلم إليه صورة الأوراق المعلنة الى الأخير أما إذا لم يثبت ذلك فلا يمكن اعتباره في خدمة المستأجر (في هذا المعني والي ص٧٣٩ - أبو الوفا ص٤١٧) على أنه إذا كان طلب الإعلان موجها من المؤجر الى المستأجر فإن البواب لا يمكن اعتباره في خدمة المستأجر فإن سلمت إليه الصورة بطل الإعلان دون حاجة الى إثبات التواطؤ (والي ص٧٤٠) .

ولا يستلزم القانون ترتيبا معينا بين أولئك الذين تجيز المادة تسلم الصورة إليهم في موطن المعلن إليه ولكن لا يجوز تسليم الصورة ولو في موطن المعلن إليه الى غيرهم ، مهما كانت العلاقة التي تربطهم بالمعلن إليه ، فلا يجوز تسليم الصورة الى شقيق المعلن إليه أو ابنه متى لم يكن مقيما معه بالمعنى المقصود السالف .

ويشترط بداهة ألا يكون لمستلم الصورة مصلحة متعارضة مع المعلن إليه في موضوع الإعلان - فإذا أقامت زوجة دعوى طلاق ضد زوجها ووجهت إعلانه بصحيفتها الى مسكن الزوجية حيث تقيم معه ، فلا يجوز لها أن تتسلم الصورة عنه ، ويمكن إدراج هذه الصورة تحت القاعدة التي تقضي بأن الغش يبطل التصرفات والإجراءات عموما .

ويعتبر الإعلان قد تم من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن إليه الى واحد ممن عددتهم المادة على النحو السالف دون نظر الى تسليم الأخير الصورة التي تسلمها الى المعلن إليه ويحاج المعلن إليه بها ويتوافر في حقه العلم القانوني بمضمونها ولو ثبت أن من تسلم الصورة لم يوصلها إليه (١٩٦٦/٢/١٧ - م نقض م - ١٧ - ٣١٨) وذلك كله بافتراض انتفاء الغش ، أما إذا ثبت أن الإجراءات رغم استيفائها ظاهريا لأوامر القانون ، كانت مشوبة بالغش بقصد عدم وصول الإعلان الى المعلن إليه أو تفويت المواعيد عليه فإن الإعلان يقع باطلا إعمالا لقاعدة الغش يبطل التصرفات والإجراءات (١٩٨٨/٢/٢٣ طعن ٩ سنة ٥٥ق - م نقض م - ٣٩ - ٢٧٨).

والمحضر ليس مطالبا بالتحقق من شخصية أو صفة مستلم الصورة ، متى سلمها في موطن المعلن إليه إذ يقتصر واجبه على الانتقال الى موطن المعلن إليه المبين بالورقة وتسليم الصورة في هذا الموطن الى من يقرر له أنه المراد إعلانه أو الذين أجازت المادة تسليم الصورة إليهم بالشروط السالفة فإن فعل صح الإعلان وقام حجة على المعلن إليه ولو تبين بعد ذلك عدم صحة ما قرره مستلم الصورة في موطن المعلن إليه بشأن شخصيته أو صلته بالمعلن إليه أو زعمه الإقامة معه أو صفته في استلام الصورة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم إليه لاستلاك الإعلان ، فإذا كان الثابت من صورة الإعلان أن المحضر انتقل الى مقر إدارة قضايا الإصلاح الزراعي وخاطب من ذكر له أنه محام بهذه الإدارة وسلمه الصورة فإن هذا يكفي لصحة الإعلان ولا يجدى الطاعن (وزير الإصلاح الزراعي) بعد ذلك التعلل بعدم وصول الصورة إليه أو الادعاء بأن الصفة التي قررها مستلم الإعلان غير صحيحة " (١٩٦٦/٢/١٧ - م نقض م - ١٧ - ٣١٨ - ١٩٥٩/٣/٥ - م نقض م - ١٠ - ١٩٩ ١٩٧٠/٤/٢٣ - م نقض م - ٢١ - ٦٨٩ - ١٩٧٣/١١/١٣ - م نقض م - ٢٤ - ١٠٧٠ - ١٩٧٨/٣/١٤ - م نقض م - ٢٩ - ٧٢٥ - ١٩٨٢/٥/٣٠ طعن ٥٦١ سنة ٤٧ق - الخمسين عاما المجلد الثاني - ١٢٥٧ - ٧٨ - ١٩٨٩/٤/٦ طعن ٢٠٠٣ سنة ٥٣ق - ١٩٨٩/٦/٢٢ طعن ٧٦٦ سنة ٥٣ق - ١٩٩٢/٤/١٤ طعن ٤٦٧ سنة ٥٨ق وقارن ١٩٨٢/٥/٣ في الطعن ٥٦١ سنة ٤٧ق حيث ذهب الى كفاية تسليم الصورة الى أحد المقيمين مع المعلن إليه حال غيابه دون وجوب قيام الصلة بينه وبين المعلن إليه) .

ولكن يتعين على المحضر عند تسليم الصورة الى غير المعلن إليه في موطنه أن يثبت في محضره عدم وجود المعلن إليه ، إذ أنه لا يجوز له تسليم الصورة الى غير المعلن إليه ولا عند غياب الأخير فيكون هذا البيان بيانا جوهريا لتبين صحة الإجراءات التي قام بها المحضر ، وإذ كان يتعين أن تستكمل الورقة عناصر صحتها من بياناتها ذاتها فلا يجوز تكملة ما بها من نقص بدليل خارج عنها فإن ثبوت إغفال المحضر بيان عد م وجود المعلن إليه عند تسليم الصورة الى غيره في موطنه يترتب عليه بطلان الإعلان.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر في قضاء هذه أن الأصل في إعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها الى الشخص نفسه أو في موطنه ، فإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه في موطنه كان عليه أن يسلم الورقة الى من يصح تسليمها إليه ممن عددتهم المادة العاشرة من قانون المرافعات ، فإذا سلمها لأحدهم دون أن يثبت عدم وجود المطلوب إعلانه ترتب على ذلك بطلان الورقة (١٩٨٧/٥/٢٤ طعن ١٢٦٤ سنة ٥٢ق - م نقض م - ٣٨ - ٧٤٠ - ١٩٧٧/١٢/٢٧ طعن ٢٢٠ سنة ٤٤ - م نقض م - ٢٨ - ١٨٨٨ - ١٩٧١/١/١٧ - م نقض م - ٢٢ - ٦١٦ - ١٩٧١/٤/٢٧ - م نقض م - ٢٢ - ٥٥٨ - ١٩٦٩/١/٩ - م نقض م - ٢٠ - ٨٤ - ١٩٦٣/٤/٢٥ - م نقض م - ١٤ - ٦١٦ - ١٩٦٢/١/٤ - م نقض م - ١٣ - ٣٤)

ويجوز إرسال الإعلان الى الموطن الخاص (موطن الأعمال) وقد عرفته المادة ٤١ من التقنين المدني بنصها يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

ويقتصر جواز الإعلان في موطن الأعمال (الموطن الخاص) على الإعلانات التي يتعلق موضوعها بإدارة النشاط الذي يباشره المعلن إليه فيه ، فيقتصر إعلان المحامي فيه على لأعمال المتعلقة بشخصه والمتصلة بمهنته وعمله كمحام ، فلا يعتبر موطن أعمال بالنسبة لموكله وبالتالي لا يجوز إعلانه فيه باعتباره موطن أعمال الإعلانات الموجهة إليه بوصفه وكيلا عن موكله ، إذ في هذه الحالة - يعتبر موطنا مختارا لموكله (١٩٧٩/١/٢٠ - م نقض م - ٣٠ العدد الأول - ٢٩٩)

وقد قضت محكمة النقض بأنه إعلان التاجر بشأن مطالبته بباقي ثمن عقار اشتراه مما لا يتعلق بتجارته يعتبر إعلانا باطلا (١٩٥٦/١٠/١٨ – م نقض م – ٧ – ٨٢١) وبأنه " النزاع حول إجارة المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته يعد مما يتعلق بإدارة هذه التجارة فيجوز إعلانه فيه بشأن ذلك النزاع " (١٩٨٩/١/٨ في الطعن ١١٩٠ سنة ٥٢ق)

وقضت أيضا " بصحة إعلان صاحب مكتب لسيارات النقل بدعوى التعويض عن وفاة شخص كان يعمل مساعد ميكانيكي لديه وتوفى نتيجة انقلاب سيارة نقل مملوكة للمعلن إليه أثناء قطرها بسيارة أخرى مملوكة له أيضا إذ يكون الحادث نتج عن نشاط المعلن إليه " (١٩٧٨/٥/٢٩ طعن ٩٤٦ طعن ٤٦ – م نقض م – ٢٩ – ١٣٥) وبأنه " الوكيل الملاحي للسفينة التي تباشر نشاطا تجاريا في مصر يعتبر مقره موطنا لمالك السفينة " (١٩٨٦/١/١٣ طعن ١٨١٤ سنة ٥٠ق – ١٩٨٠/٢/٤ – م نقض م – ٣١ – ٣٨٨)

ويتم الإعلان في الموطن الخاص بالأوراق المتعلقة به فحسب فإذا أعلنت في الموطن أوراق لا يتعلق به ترتب البطلان .

ويلاحظ أن الإعلان في موطن الأعمال جوازى لطالب الإعلان إذ أن الأصل أن يتم الإعلان في الموطن الأصلي ولا يعتبر موطن الأعمال بديلا عنه وإنما هو يضاف إليه ، فيكون خصم التاجر أو صاحب الحرفة أو المهنة بالخيار بين أن يعلنه بالإعلانات المتعلقة بإدارة أعماله في بها في موطنه العام المحدد وفقا للمادة ٤٠ مدني .

وهناك الإعلان في الموطن القانوني أو الحكمي ، وهو الموطن الذي ينسبه القانون للشخص ولو لمي قم فيه عادة فالقانون يجعل للقاصر والمحجور عليه والمفقود موطن وهو موطن من ينوب عنهم قانونا :

تنص المادة (٤٢) من التقنين المدني على أن " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا ، ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " ، ويلاحظ أن المناط في تحديد من عددهم النص هو الولاية على المال دون نظر للولاية على النفس ، فيكون موطن الصغير القاصر هو موطن الولى الطبيعي أو الوصى عليه ، ولو كان الصغير في حضانة والدته المطلقة كما يلاحظ أن العبرة بموطن الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب دون نظر الى محل الإقامة الفعلية للصغير أو المحجور عليه أو الغائب والمقصود بموطن الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب هو موطنه العام المحدد وفقا للمادة ٤٠ من التقنين المدني حسبما .

وإذا كانت المادة قد خصت القاصر الذي يبلغ ثماني عشرة سنة وهو القاصر المأذون بالتجارة وفقا لنص المادة ٦٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال إلا أن ذلك النص لا يعدو تطبيقا لقاعدة عامة مؤداها أن يكون للقاصر موطنه الخاص بالنسبة الى الأعمال القانونية التي يملك مباشرتها بنفسه فيكون له هذا الموطن بالنسبة الى تصرفه فيما يسلم إليه أو يوضع من مال تحت تصرفه بقصد نفقته عملا بالمادة ٦١ من المرسوم بقانون السالف ، وكذلك فيما يبرمه من عقد العمل وفقا لنص المادة ٦٢ من المرسوم نفسه أو فيما يكسبه من أجر متى بلغ ستة عشر عاما وفقا لنص المادة ٦٣ من القانون نفسه (الدكتور حسن كيرة في أصول القانون بند ٢٩٨) ويلاحظ أن قانون العمل الفردي يجيز للعامل الذي بلغ الرابعة عشرة من عمره قبض أجره ومكافأته (يراجع في ذ لك مقارنة بأحكام قانون الولاية على المال للدكتور إسماعيل غانم في عقد العمل ص٢٢٤ – المستشار أحمد المليجي في الوسيط في التشريعات الاجتماعية طبعة ١٩٨٠ ص٣٣).

وتسري على إعلان الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب في موطنه العام ، كافة القواعد والأحكام التي تسري بشأن الإعلان في الموطن لعام .

وهناك الموطن المختار :

فإذا اختار شخص مكانا معينا لتنفيذ عمل قانوني معين سمى هذا المكان بالموطن المختار .

وتنص المادة (٤٣) من التقنين المدني على أنه :

١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

٢- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .

٣- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى " .

يشترط الكتابة في تحديد الموطن المختار أو في تغييره :

لا يجوز الاحتجاج على طالب الإعلان بعلمه بتغيير المعلن إليه لموطنه المختار مادام لم يخطر بذلك كتابة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ليس في القانون ما يمنع من أن يتخذ الشخص من موطنه التجاري موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانوني معين وفي هذه الحالة لا يترتب على تغيير الموطن التجاري تغيير الموطن المختار لهذا العمل ما لم يفصح صاحبه عن رغبته في تغييره ، وإذا كانت المادة ٤٣ مدني تشترط الكتابة لإثبات الموطن المختار فإن أى تغيير لهذا الموطن ينبغي الإفصاح عنه كتابة ولا يغير من ذلك ما يثيره المعلن إليه من علم طالب الإعلان بتغييره موطنه التجاري الوارد في العقد طالما أنه لم يفصح كتابة عن إرادته في اتخاذ الموطن التجاري الجديد موطنا مختارا لتنفيذ الإجراءات المتفق عليها في العقد (١٩٧١/١٢/٢١ - م نقض م - ٢٢ - ١٠٧١)

كما يشترط لصحة الإعلان في الموطن المختار أن يكون متعلقا بالعمل الذي اختير الموطن المختار لتنفيذه وإلا كان الإعلان فيه باطلا :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الأصل أن تسلك الأوراق المطلوب إعلانها للشخص نفسه أو في موطنه الأصلي ، والاستثناء هو جواز تسليمها في موطنه المختار في خصوص الدعوى التي يتعلق بها هذا الموطن ، فيتعين على الحكم أن يبين الأوراق التي استظهر منها المحل ومدى تعلقها بالخصومة القائمة وإلا كان قاصرا " (١٩٨١/٣/١ طعن ٢٧٥٨ سنة ٥٦ق - ١٩٨٦/١/٣٠ طعن ١٤٣٦ سنة ٥٢ق - ١٩٨٧/٤/٢٢ طعن ١٢٧٧ سنة ٥٣ق) وبأنه " مفاد نص المادتين ١/١٠ من قانون المرافعات ، و١/٤٣ من القانون المدني ، هو جواز إعلان الخصم في الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين متى كان هذا الموطن المختار ثابتا بالكتابة وكان الإعلان متعلقا بهذا العمل ، ما لم يفصح المراد إعلانه كتابة عن إلغاء هذا الموطن ، وإذ كان الثابت بالأوراق أن إعلان الطاعنين بصحفية الدعوى وجه إليهم في مكتب وكيلهم المطعون عليه الثاني المتفق على اعتباره موطنا مختار لهم بالمحرر سند الدعوى والمبرم بيه المطعون عليه الأول والمطعون عليه الثاني بصفته وكيلا عنهم

وكان هذا الإعلان متعلقا بهذا الاتفاق وكان الطاعنون لم يفصحوا عن إلغاء هذا الموطن المختار ولم يقدموا دليلا على علم المطعون عليه الأول بقيام نزاع بينهم وبين المطعون عليه الثاني وإنهائهم للتوكيل الصادر منهم قبل تحرير الاتفاق المشار إليه أو إعلانهم بصحيفة الدعوى في موطنهم المختار ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون على غير أساس (١٩٧٩/١/١٨) م نقض م - ٣٠ العدد الأول - ٢٩٣ - ١٩٨٦/٣/٦ طعن ٤٢٧ سنة ٥٣ق - ١٩٥٢/٣/٦ - م نقض م - ٣ - ٥٧٢) واتخاذ موطن مختار في خصوص عمل معين أو دعوى معينة لا يعني اتخاذه موطنا مختارا في عمل قانوني آخر ولو بين نفس الأطراف (١٩٥٢/٣/٦ - م نقض م - ٣ - ٥٧٢) كما أن تعيين موطن مختار في شأن عمل معين يكون قاصرا على أطراف هذا العمل فلا يستفيد منه غيرهم (الحكم السابق)

ولا يلزم عند الإعلان في الموطن المختار أن تسلم الصورة الى أحد من الأقارب والأصهار أو الأزواج أو الوكلاء أو العاملين في الخدمة سواء بالنسبة الى المطلوب إعلانه أو الى صاحب الموطن المختار لأن المطلوب إعلانه أو الى صاحب الموطن المختار لأن المطلوب إعلانه لا يفترض إقامته في هذا الموطن كما لا يصح اعتبار صاحب الموطن بمثابة المطلوب إعلانه ، وإنما يكون الإعلان في الموطن المختار مرتبطا بالمكان الذي اتخذ موطنا مختارا فيصح أن تسلم فيه الصورة الى صاحبه كالمحامي الذي اتخذ مكتبه موطنا مختارا أو الى من له صفة بحكم عمله في تسلم الأوراق الواردة الى هذا المكان كأحد العاملين في مكتب المحامي .

وفي كل الأحوال التي يجوز فيها الإعلان في الموطن المختار يصح أيضا في الموطن الأصلي أو لشخص المراد إعلانه .

وفي الحالات التي يجوز فيها الإعلان في الموطن المختار يقع هذا الإعلان صحيحا ولو ثبت علم طالب الإعلان بالموطن الأصلي للمعلن إليه (١٩٧٥/١١/٢٦ - م نقض م - ٢٦ - ١٥٤٩) كما يصح الإعلان ولو لقترن بيان صاحب الشأن له ببيان موطنه الأصلي (١٩٥٩/١٢/١٧ - م نقض م - ١٠ - ٨٣٤) وإذا أجرى الإعلان في الموطن المختار في غير الحالات التي يجوز فيها ذلك وقع باطلا (١٩٥٢/٥/٦ - م نقض م - ٣ - ٥٧٢)

فلا يشترط فيمن يتسلم الصورة أن يكون قد بلغ سن الرشد إنما يكفي أن يكون مميزاً ومدركاً لأهمية ضرورة تسليمها الى صاحب الشأن ومرجع الأمر لمطلق تقدير القاضي في هذا الصدد .

والبطلان المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبي لمصلحة من تعيب إعلانه (١٩٧٦/٦/٩ في الطعن ٤٦٨ لسنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٧ - ١٣٢٢ - ١٩٧١/١٠/٢٦ - م نقض م - ٢٢ - ٨٤٤ - ١٩٧٠/١١/١٧ - م نقض م - ٢١ - ١١٣٨) فلا يجوز لغيره من الخصوم ممن صح إعلانهم التمسك به ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة إذ لا تكون إقامتهم من هذا البطلان إلا بعد أن يثبت بالطريق القانوني بأن يتمسك به صاحبه وتحكم به المحكمة (١٩٧٧/١/١٢ في الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٨ - ٢٢٤ - ١٩٧٧/١/١١ في الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٨ - ٢١٧ - ١٩٦٥/١٠/٢٦ - م نقض م - ١٦ - ٩٠٢ - ١٩٦٣/٥/٢٥ - م نقض م - ١٤ - ٥٧٩) كما أن البطلان الناشئ عن تعييب إجراءات الإعلان لا يعدم الحكم بل يظل قائما منتجا أثاره الى أن يقضي ببطلانه في الطعن عليه بإحدى الطرق المقررة قانونا فإن لم يطعن عليه أو كان غير قابل للطعن تحصن من كل نعى على أجزائه (١٩٧٠/٤/٢٢ - م نقض م - ٢١ - ٦٨٩)

وقد قضت محكمة النقض بأنه بطلا ن أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان يجب التمسك به في صحيفة المعارضة أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه " (نقض ١٩٧٨/١١/١٠ - ٣٤٤٨ - ٥١ق) وبأنه " بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان يجب التمسك به في صحيفة المعارضة أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه وهو بطلان نسبي لا يتمسك به إلا الخصم الذي شرع البطلان لمصلحته " (نقض ١٩٨٦/٦/٣ - ١٢٥٢ ، ١٢٦٩ - ٥٢ق)

وإذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته الى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال.

وعلى المحضر خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه الى المعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت الى جهة الإدارة .

ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته ، ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من وقت تسليم الصورة الى من سلمت إليه قانونا . (م١١ مرافعات)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ : عنى المشرع في المادة ١ منه ببيان الإجراءات الواجب إتباعها في حالة عدم وجود من يصح تسليم الورقة إليه وفي حالة امتناع من وجد منهم من تسلمها فنص على أنه في هذه الحالات يجب على المحضر أن يسلم الورقة في ذات اليوم الى جهة الإدارة وأن يوجه كتابا مسجلا للمعلن إليه في ظرف أربع وعشرين ساعة ، وقصد بالنص على تسليم الورقة لجهة الإدارة في ذات اليوم إلا تتراخى إجراءات الإعلان وأثاره لسبب لا دخل فيه لطالب الإعلان ، ويعد من قبيل الامتناع الذي يوجب على المحضر تسليم الورقة لجهة الإدارة امتناع من يوجد من الأشخاص في موطن المطلوب إعلانه من ذكر اسمه أو صفته التي تجيز له تسلم الصورة ، لأن مثل هذا الامتناع يحول دون تسليم الصورة إليه على النحو الذي رسمه القانون ، كذلك حسم المشروع الخلاف حول الوقت الذي ينتج فيه الإعلان أثاره بالنص على أن الإعلان ينتج آثاره في كل هذه الحالات من وصت تسليم الصورة الى جهة الإدارة لا يوم وصول الكتاب المسجل الى المعلن إليه ولا يوم تسلمه الإعلان من جهة الإدارة .

عدلت الفقرة الأولى بالقانون ٩٥ سنة ١٩٧٦ المنشور في ١٩٧٦/٦/٢٨ والمعمول به اعتبارا من ١٩٧٦/١٠/١ وكانت قبل تعديلها مطابقة مع استبدال عبارة (عن الاستلام) بعبارة (عن التوقيع على الأصل والاستلام أو عن استلام الصورة) .

وعدلت الفقرة الثانية بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ المعمول به من تاريخ نشره في ١٩٧٤/٧/٢٩ وكانت قبل التعديل تنص على أنه " وجب على المحضر في جميع الأحوال خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الورقة الى غير شخص المعلن إليه أن يوجه إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه بمن سلمت إليه الصورة" ، وجاء عن التعديل في المذكرة الإيضاحية لقانون ١٠٠ سنة ١٩٧٤ " من الإجراءات التي استحدثها قانون المرافعات المدنية والتجارية ما أوجبته الفقرة الثانية من المادة ١١ على المحضر في كل حالة لا يسلم فيها الورقة الى شخص المعلن إليه - أن يوجه الى هذا الأخير في موطنه الأصلي خطابا مسجلا يخبره فيه ممن سلمت إليه الورقة وذلك سواء كان ممن يصح تسليم الورقة إليه نيابة عن المعلن إليه عملا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ١٠ أو كان جهة الإدارة في الحالات التي يسوغ فيها ذلك طبقا للفقرة الأولى من المادة ١١ المشار إليها .

وبموجب التعديل الجديد يتم تسليم الصورة الى جهة الإدارة سواء عند الامتناع عن تسلمها أو الامتناع عن التوقيع على الأصل بالاستلام وعليه يكون تسليم الصورة الى جهة الإدارة واجبا في أربع حالات أولها عدم وجود المعلن إليه أو أحد ممن يصح تسليم الصورة في موطنه العام ، وذلك سواء لغلق المكان إذ يعني غلقه عدم وجود من يصح تسليم الصورة إليه (١٩٧٩/٣/٢٩ طعن ٩٨٢ سنة ١٦ق - ١٩٧٨/٣/٢٠ طعن ١٩٦ سنة ١١ق) أو وجود أشخاص لا يجوز تسليم الصورة إليهم أو وجود مانع يحول دون التسليم كعدم التمييز أو تعارض المصالح (عاشور ص٤٦ وما بعدها) ويلاحظ أنه لا يكفي لصحة التسليم لجهة الإدارة أن يذكر المحضر في محضر الانتقال أنه لم يجد المعلن إليه لأن هذه العبارة لا تفيد عدم وجود من يصح تسليم الصورة إليهم في موطنه عند عدم وجوده (١٩٦١/٥/١٨ - م نقض م - ١٢ - ٥٠٧) وثانيها : حالة امتناع من وجده المحضر بموطن المعلن إليه ممن يجوز تسليم الصورة إليه ، عن الاستلام ، ويأخذ حكم الامتناع بالاستلام الامتناع عن ذكر الاسم أو الصفة أو السماح بالدخول وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان امتناع من يوجد من الأشخاص في موطن المطلوب إعلانه عن ذكر اسمه أو صفته التي تجيز له تسلم الصورة ، هو بمثابة عدم وجود من يصح قانونا تسليم الورقة إليه ، فإنه إذا امتنع المخاطب معه عن ذكر اسمه فلا يبطل الإعلان إغفال المحضر إثبات صفة هذا الشخص إذ لا جدوى من إثبات الصفة مادام أنه لا يمكن التثبت منها متى كان الاسم غير معلوم ، ولا يكون للمحضر في هذه الحالة إلا أن يسلم الورقة الى جهة الإدارة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان إعلان المطعون عليه بالصورة التنفيذية للحكم المنفذ به - استنادا الى خلو الإعلان من ذكر صفة المخاطب معها رغم أنها امتنعت عن ذكر اسمها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (١٩٧٩/٥/٣١ م نقض م - ٣٠ العدد الثاني - ٥٠١) وإذا تعدد من وجدهم المحضر ممن يجوز التسليم إليهم وامتنع البعض وقبل البعض جاز التسليم الى من قبل منهم (عاشور ص١٥٢) وثالثها : حالة امتناع المعلن إليه شخصيا عن الاستلام ، وهذه الحالة لم يكن منصوصا عليها في التقنين السابق ولكنها كانت مقررة قضاء (١٩٥٧/١١/٧ - م نقض م - ٨ - ٧٧٦) ويتعين تسليم الصورة الى جهة الإدارة متى خاطب المحضر المعلن إليه شخصيا في موطنه وامتنع عن الاستلام أو التوقيع حتى ولو وجد المحضر في الموطن أحدا غيره ممن يصح تسليم الصورة إليهم وقبل استلامها لأن تسليم الصورة الى غير المعلن إليه في موطنه مرهون بعدم وجوده . ورابعها : حالة امتناع المعلن إليه من وجده المحضر في موطنه ممن يصح تسليم الورقة إليهم في موطنه عن التوقيع على الأصل بالاستلام وقد استحدث القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ هذه الحالة وكان يصح قبل العمل به الإعلان بتسليم الصورة الى من يقبل استلامها ولو امتنع عن التوقيع بشرط أن يثبت المحضر في محضره واقعة الامتناع عن التوقيع وسببه (١٩٦١/٢/٢٣ - م نقض م - ١٢ - ١٨ - ١٩٦٠/١١/١٧ - م نقض م - ١١ - ٥٨٩)

ويجب أن تسلم الصورة الى أحد رجال الإدارة الذين عددتم المادة وإن كان لا يلزم ذكر اسمه إذ العبرة بالصفة (١٩٥٧/٢/٥ - م نقض م - ٨ - ٨٧٨ - ١٩٧٨/٣/٢٠ - م نقض م - ٢٩ - ٨١٦ - ١٩٨١/٢/٢٢ طعن ١٥٦٠ سنة ٤٥ق) ولا يلزم أن يتم التسليم الى شخص أى من رجال الإدارة المذكورين وإنما يكفي أن تسلم الى من ينوب عنه (١٩٨٦/٦/٣ طعن ١٢٦٩/١٢٥٢ سنة ٥٢ق - م نقض م - ٣٧ - ٦٤٣) فيجوز تسليمها الى من يقوم مقام مأمور القسم (١٩٨٩/١/١٨ طعن ١٨٣ سنة ٥١ق) ولم يقصد المشرع ترتيبا معينا بين رجال الإدارة المذكورين فيصح تسليم الصورة الى أى واحد منهم مع مراعاة الاختصاص المحلي عند تسليم الصورة وإلا بطل الإعلان (١٩٥٩/٤/١٩ - م نقض م - ١٠ - ٢٢٧).

والمقصود بجهة الإدارة مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد أو شيخ العزبة الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته وذلك بحسب ما إذا كان المعلن إليه يقيم بالمدينة أو القرية أو العزبة ومتى سلمت جهة الإدارة صورة الإعلان فإنها تلتزم تسليمها للمعلن إليه بدليل أن المشرع أوجب على المحضر أن يوجه للمعلن إليه في موطنه الأصلي أو المختار كتابا مسجلا يخبره فيه أن الصورة سلمت الى جهة الإدارة وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من تسلمها صورة الإعلان (م٢/١١) والقصد من هذا الإجراء هو إحاطة المعلن إليه علما بأن الصورة سلمت لجهة الإدارة ليسعى لاستلامها حتى لا تتخذ الإجراءات في غيبته إذا لم يسلمها له رجل الإدارة .

ويترتب على عدم توجيه الخطاب المسجل بطلان الإعلان ولو علل المحضر ذلك بعدم وجود طوابع بريدية (١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٣٧٣١ سنة ٥٨ق)

ويتعين على المحضر أن يثبت في أصل ورقة الإعلان إرساله الى المعلن إليه الخطاب المسجل السالف ، وإذ كان لورقة الإعلان ذاتيتها بما يمتنع معه استكمال عناصر صحتها بدليل خارج عنها ، فإنه يتعين أن تفيد عبارة المحضر أن الإخطار تم بموجب خطاب مسجل فلا تكفي عبارة (أخطر عنه في / /) لأنها لا تفيد أن الإخطار كان بخطاب مسجل (١٩٨٣/٤/٢٨ طعن ٧٢٠ سنة ٥٠ق – م نقض م – ٣٤ – ١٠٩٢ – ١٩٨٢/٢/٢٨ طعن ١١٧٤ سنة ٤٨ق) ولا عبارة (أخطر عنه سركي المحضرين) (١٩٧٧/٣/٩ – م نقض م – ٢٨ – ٦٤٦) ولا عبارة (أخطر في / / سركي عام) (١٩٧١/٤/١٥ – م نقض م – ٢٢ – ٤٨٢) ولا يلزم في الوقت نفسه إرفاق إيصال الخطاب المسجل بورقة الإعلان (١٩٥٩/١٢/٣١ – م نقض م – ١٠ – ٨٧٩) ولا يبطل الإعلان إذا لم تكن عبارة إخطار المعلن إليه بخطاب مسجل موقعة من المحضر تضمن تاريخ إرسال الخطاب ، إذ أن إيراد العبارة في نهاية المحضر تفيد إرسال الخطاب في نفس التاريخ من المحضر (١٩٧٥/٢/٥ طعن ٤٤٦ سنة ٤٠ق – م نقض م – ٢٦ – ٣٤١) وبديهي أن يرد بيان إرسال الخطاب المسجل في أصل ورقة الإعلان أو مع الصورة لأنه لا يرسل إلا بعد تسليم الصورة (١٩٨٨/١٢/٢٢ طعن ١٨٠٣ سنة ٥٨ق – ١٩٧٠/١١/١٧ – م نقض م – ٢١ – ١١٣٨) ويقوم مقام هذا البيان لصق إيصال الخطاب المسجل بأصل ورقة الإعلان إذ يندمج مضمون الإيصال بيانات الإعلان ويصبح جزءا منها (١٩٧٠/١١/١٧ – م نقض م – ٢١ – ١١٣٨)

ويتعين على المحضر أن يثبت كل الخطوات السالفة في ورقة الإعلان في حينه أى في ذات اللحظة التي تمت فيها الخطوة ، وإلا كان الإعلان باطلا (١٩٦٢/٥/٣٠ – م نقض م – ١٣ – ٧٢٢ – ١٩٦٢/٢/١١ – م نقض م – ١٣ – ٢٢٤) فيجب عليه أن يثبت انتقاله الى موطن المعلن إليه وغلقه أو عدم وجوده أو من يجوز له الاستلام عنه أو امتناعه أو امتناع من وجده عن الاستلام أو التوقيع (١٩٧١/١/٧ – م نقض م – ٢٢ – ٣٨ – ١٩٦٩/١/٩ – م نقض م – ٢٠ – ٨٤ – ١٩٦٨/٢/١ – م نقض م – ١٩ – ١٩٥ – ١٩٥٧/١١/٧ – م نقض م – ٨ – ٧٧٦) ويجب أن يثبت انتقاله الى جهة الإدارة في اليوم ذاته وتسليم الصورة الى أحد رجال الإدارة الذين عددتهم المادة ، وأن يثبت في أصل الورقة إرساله الى الطاعن في موطنه الأصلي والصورة عدا ما يتم منها بعد تسليم الصورة بطبيعة الحال كإرسال الخطاب المسجل (١٩٧٠/١١/١٧ – م نقض م – ٢١ – ١١٣٨) وإذا خلت الورقة من أحد هذه البيانات بطل الإعلان ولو كانت الخطوات قد تمت فعلا إذ لا يجوز تكملة بيانات الورقة من خارجها فلا يجوز إثبات القيام بهذه الخطوات عن غير البيانات الثابتة في الورقة (١٩٧٧/٣/٩ في الطعن ٤٥٦ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٨ – ٦٤٦)

ويعتبر الإعلان منتجا لآثاره من تاريخ تسليم الصورة تسليما صحيحا الى رجل الإدارة دون نظر لتاريخ الانتقال الى موطن المعلن إليه ، أو تاريخ قيد الورقة بدفاتر قسم الشرطة ، أو تاريخ إرسال الخطاب المسجل أو تاريخ وصوله الى المعلن ‘ليه ، أو تاريخ تسلم المعلن إليه للصورة من جهة الإدارة (١٩٩١/١/٣١ طعن ١٧٨٥ سنة ٥٩ق – ١٩٩٠/٥/٣١ طعن ٣٦٨٣ سنة ٥٩ق – ١٩٨٩/٣/٩ طعن ٦٣٧ سنة ٥٣ق – ١٩٧٩/٣/٢٩ – م نقض م – ٣٠ العدد الأول – ٩٩ – ١٩٧٠/١١/١٧ – م نقض م – ٢١ – ١١٣٨) ولكن الإعلان يكون معلقا على شرط فاسخ هو ثبوت عدم إرسال الخطاب المسجل (مسلم بند ٣٨٣ – عاشور بند ١٠٥) وغني عن البيان أنه يمتنع إثبات عدم إرسال الخطاب إلا عن طريق الطعن بالتزوير على البيان الذي أورده المحضر في هذا الشأن في ورقة الإعلان ولا يعيد الادعاء بعدم وصول الصورة الى المعلن إليه إذ يجب عليه السعى لاستلامها من جهة الإدارة (١٩٦٨/٢/١ – م نقض م – ١٩ – ١٩٥)

ويشترط أن تكون بيانات الورقة دالة بذاتها على تمام الإجراءات صحيحة :

إذا أثبت المحضر في ورقة الإعلان أنه انتقل الى موطن المعلن إلي فوجده مغلقا وأنه أعلنه في القسم في اليوم التالي وأخطر عنه في تاريخه مع أن تمام أو عدم تمام هذا الإجراء في اليوم التالي مجرد احتمال لم يكن للمحضر أن يجازف بإثباته في تاريخ ابق بطل الإعلان (١٩٦٢/٥/٣٠ – م نقض م – ١٣ – ٧٢٢)

كما يشترط بداهة لصحة الإعلان بتسليم الصورة الى جهة الإدارة أن يكون المكان الذي انتقل إليه المحضر ابتداء ، موطنا للمعلن إليه ، فإن ثبت غير ذلك بطل الإعلان .

والعبرة في صحة الإعلان أو بطلانه بالقانون الساري وقت إجرائه (١٩٦٢/١٠/٢٥ - م نقض م - ١٣ – ٩٣٧)

ويلاحظ أنه إذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يفعل أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح جاز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها في الموطن المختار .

وإذ ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه ، وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة . (م ١٢ مرافعات)

ويتعين أن يكون الإخبار بتغيير الموطن بالكتابة وإن كان لا يلزم أن يكون بإعلان رسمي بورقة من أوراق المحضرين فقد يتم بمذكرة يتسلم الخصم أو وكيله صورتها أو بموجب كتاب مسجل ولكن لا يجوز الاستناد إلى الإخبار الشفوي وإن كان يكفي إقرار الخصم بإخباره ، كما يتعين أن يكون الإخبار بإلغاء الموطن السابق صريحا ، فلا يكفي أن تتضمن الورقة تعيين موطن آخر غير الموطن السابق مادام الإخبار لم يتضمن التصريح بإلغاء هذا الأخير ، إذ ليس ثمة ما يمنع من تعدد الموطن سواء كان أصليا أو مختارا وإذا لم يتوافر في الإخبار شرط الكتابة أو شرط التصريح بإلغاء الموطن السابق ، صح إعلان صاحبه فيه ولو ثبت وقوع التغيير فعلا وعلم الخصم طالب الإعلان بذلك . فإذا امتنع من وجده فيه عن استلام الصورة أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام سلمت إلى جهة الإدارة (قارن نبيل عمر في الإعلان بند ٧٥ حيث يرى أنه يشترط لصحة الإعلان في الموطن رغم إلغائه وعدم الإخبار بالإلغاء حسن نية الخصم طالب الإعلان وعدم علمه بالتغيير)

وقد قضت محكمة النقض بأنه تنص المادة ٤٣ من القانون المدني على أنه " ١- يجوز اتخاذ موطن لتنفيذ عمل قانوني معين .. ٣- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، وتنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على أنه " تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو في موطنه ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون " . لما كان ذلك ، وكان قول الطاعن أن إقامته في الخارج تعد بمثابة اتفاق ضمني على تغيير الموطن المختار المتفق عليه بعقد الإيجار مردود بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون المرافعات من أنه " إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه " .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ٤٣ من القانون المدني تشترط الكتابة لإثبات الموطن المختار ، فإن أى تغيير لهذا الموطن ينبغي الإفصاح عنه بالكتابة وإلا صح الإعلان في ذلك الموطن ولو ثبت تغييره فعلا وعلم طالب الإعلان بذلك . لما كان ما تقدم فإن النعى يكون على غير أساس " (١٩٨٠/٣/٢٩ – م نقض م – ٣١ – ٩٦٥) وبأنه مؤدى نصوص المواد ١٠ ، ١٢ ، ٢/١٢ ، ٦٣ مرافعات ١/٤٣ مدني ، يدل على أنه وإن كان الأصل أن يتم إعلان الأوراق القضائية في الموطن الأصلي للخصم إلا أن المشرع أجاز إعلانها في الموطن المختار إن وجد ، إذ أنه أجاز للخصوم في الدعوى اتخاذ موطن مختار لهم تعلن إليهم فيه الأوراق المتعلقة بتلك الدعوى ، وأوجب على المدعى أن يبين في صحيفة دعواه موطنا مختارا في البلد الكائن بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها فإذا اتخذ الخصم موطنا مختارا ورأى إلغاءه وجب عليه أن يخبر خصمه صراحة بذلك وإلا صح إعلانه فيه ، ولا ينهض مجرد اتخاذ الخصم موطنا مختارا جديدا أثناء سير الدعوى دليلا على إلغاء الموطن السابق ما لم يخبر خصمه صراحة بهذا الإلغاء إذ ليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون للخصم أكثر من موطن أصلي أو مختار " (١٩٨٠/٤/٢١ – م نقض م – ٣١ – ١١٧٣ - ونفس المعنى في ١٩٧٢/١/١٩ طعن ٤٦٢ سنة ٣٥ق – م نقض م – ٢٣ – ٦٧ – ١٩٧١/١٢/٢١ – م نقض م – ٢٢ – ١٠٧١ – ١٩٨٦/٣/٢٢ طعن ٥١٦ سنة ٤٢ق – ١٩٨٠/٣/٢٩ – م نقض م – ٣١ – ٩٦٥ – ١٩٨٩/١/٣٠ طعن ١٦٣١ سنة ٥١ق)

وإذا تسبب صاحب الموطن بخطئه بعدم إخبار خصمه بتغييره ، في تفويت ميعاد الإعلان عل خصمه فإنه لا يستفيد من ذلك :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ كانت المادة ١٢٨ مرافعات بعد أن أجازت وقف الدعوى باتفاق الطرفين أوجبت في فقرتها الثانية تعجيلها في الثمانية أيام التالية لنهاية الإيقاف – وإلا اعتبر تاركا دعواه والمستأنف تاركا لاستئنافه – وكانت المادة ١٢ من ذات القانون قد نصت في فقرتها الثانية على أنه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة كانت قد اتخذت موطنا لها بمدينة القاهرة منذ بدء الخصومة إلا أنها قامت بتغييره أثناء فترة الوقف ولم يخطر المطعون ضده الأول بهذا التغيير فقام بتوجيه إعلان تعجيل الاستئناف إليها في موطنها المعروف له في ميعاد ثمانية الأيام التالية لنهاية أجل الوقف وإذ جاءت الإجابة بانتقالها إلى الإسماعيلية وجه إليها إعلانا آخر تلك المدينة فجاءت الإجابة بعدم الاستدلال عليها ، فقام بإعلانها أخيرا في موطنها الذي انتقلت إليه ببور سعيد وكان ميعاد التعجيل قد انقضى . لما كان ذلك

وكان من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطئه أو إهماله وكانت المادة ٢/٢١ من قانون المرافعات لا تجيز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه إلا إذا تعلق بالنظام العام وكان لا يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي أو السبب الوحيد أو السبب العادي لوجود العيب في الإجراء كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر ، وكانت الطاعنة قد خالفت القانون بعدم إخطارها المطعون ضده الأول بتغيير موطنها أثناء فترة الوقف مما أد ى إلى تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف من الإيقاف في الميعاد المقرر في القانون فلا يكون لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركا لاستئنافه إذ لا يجوز لها أن تفيد من خطئها الذي تسببت فيه فيما شاب إجراء التعجيل من عيب " (١٩٨٣/١٢/١/٥ طعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٤٩ق) وبأنه " مؤدى نص المادة ٢/١٢ أنه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي وعين موطنا آخر لإعلانه فيه وأخطر خصمه بذلك ، فإنه لا يصح إعلانه من بعد إلا في هذا الموطن . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن وكيل الطاعن الأول وجه إنذار المطعون ضده بتاريخ ١٩٧٧/٣/١٣ – وقبل رفع الاستئناف – يخطره فيه بأن موطنه في القاهرة هو المعول عليه في إعلانه وليس شقة النزاع بالإسكندرية وأفصح على وده لا يتحمل الشك بأن يتم إعلانه في هذا الموطن ، وإذ أغفل المطعون ضده ما تضمنه هذا الإنذار وأعلن الطاعن الأول بصحيفة الاستئناف وأعاد إعلانه بها على شقة النزاع بالإسكندرية فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول لم يخطر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة الاستئناف فتعذر عليه التمسك بهذا البطلان أمامها وكان مؤدى ما تقدم أن الخصومة لم تنعقد فإن الحكم يكون منعدما بما يوجب نقضه (١٩٨٢/٢/١٨ طعن ٤٧٧ سنة ٥١ق – ١٩٨٠/١/٢ طعن ٨٠١ سنة ٤٩ق – ١٩٨٩/٣/٢٦ طعن ٢٤٢٣ سنة ٥٨ق)

والدفع بتغيير المعلن إليه موطنه الأصلي الذي أورده في صحيفة افتتاح دعواه بما يجيز إعلانه بصحيفة الطعن في موطنه المختار الوارد بها دفاع يخالطه واقع فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (١٩٧٥/٣/١٨ طعن ٦٨ سنة ٤٠ق)

ويراعى في حالة تعذر تسليم الإعلان لشخص المعلن إليه أو في موطنه بواسطة المحضر للغياب أو الامتناع عن الاستلام أو التوقيع على الأصل بما يفيد الاستلام أو التوقيع على الأصل بما يفيد الاستلام ، فبالنسبة للشخص الطبيعي يسلم الإعلان لجهة الإدارة التابع لها ، فإن أبت عن الاستلام فإلى النيابة العامة . أما بالنسبة لغياب أو رفض ممثل الشخص الاعتباري فيجب على المحضر تسليم الأوراق الى النيابة العامة وهناك حالات أخرى تعلن فيها النيابة :

أ- إذا كان موطن المدعى عليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له في محضر أو الخارج وتسلم صورتها للنيابة ، وسبيل ذلك نجاح التحريات الكافية الدقيقة وإلا كان الإعلان باطلا وتقدير كفاية التحريات التي تسبق إعلان الخصم في مواجهة النيابة أمر يرجع الى ظروف كل واقعة على حدة وهو ما تستقل بتقديره محكمة الموضوع .

ويجب أن تشتمل ورقة الإعلان على آخر موطن معلوم للشخص المراد إعلانه ، وأن تسلم صورة الإعلان للنيابة العامة .

ويرتب الإعلان أثره عند تسليم أوراق الإعلان للنيابة العامة حتى ولو يهتد به الى معرفة الموطن الحقيق لشخص المعلن إليه .

ودور المحكمة يتوقف عند الحكم ببطلان تسليم الإعلان للنيابة العامة إذا تبين لها أن طالب الإعلان لم يبذل كل التحريات الممكنة بغير الوصول الى معرفة عنوانه .

ب- إذا كان للمعلن إليه موطن معلوم في الخارج ، وإذا كان للمعلن إليه موطن معلوم بمصر أصليا كان أم مختارا فإنه لا يصح إعلانه عن طريق النيابة العامة في موطنه بالخارج حتى ولو كان قد غادر الأراضي المصرية مادامت الأوراق لم تتضمن بعد ما يفيد أنه غير موطنه بصفة نهائية ونقله الى خارج الوطن بل يجب إعلانه في تلك الحالة بموطنه الموجود بمصر ، إلا إذا كان طالب الإعلان يعلم بإقامة المدعى عليه فعلا في الخارج وقت إجراء الإعلان حيث يجب في تلك الحالة إعلانه في الخارج وإلا وقع إعلانه بمصر باطلا للغش ، ولكن ليس من حق الشخص أن يرفض تسلم الإعلان بحجة أن موطنه بالخارج ، لأن الهدف من الإعلان هو يمكن المعلن إيه من الإطلاع على مضمون أوراق الإعلان .

وإذا كان الإعلان موجها لدولة أجنبية ، فالفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من التعليمات العامة للنيابات نقض بأنه يجب على طالب الإعلان أن يرفق بالإعلان ترجمة له بلغة البلاد المطلوب إجراء الإعلان فيها مصدقا عليها فيه أو من غير أن مخالفة تلك القاعدة لا ترتب البطلان إلا أنه من الناحية العملية يؤدي الى عدم قبول الإعلان من قلم المحضرين .

والمحضر يقوم بتسليم أوراق الإعلان للنيابة العامة التي تقوم بدورها بتوصيلها الى وزارة الخارجية التي تقوم هى أيضا بتوصيلها الى الشخص المطلوب إعلانه بالطرق الدبلوماسية ، ويعاد الأصل الى طالب الإعلان أو قلم الكتاب .

جـ- إذا كان المطلوب إعلانه شخصا معنويا عاما أو خاصا ولم يجد المحضر أحدا من ممن يصلح تسليم أوراق الإعلان إليهم أو في حالة إيقاعهم في تسلمها أو التوقيع على الأصل بالاستلام ، فيثبت المحضر ذلك ويقوم بتسليم الأوراق للنيابة العامة ، ويرتب الإعلان أثره من وقت تسلم النيابة الأوراق .

د- فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم يسلم الإعلان بواسطة النيابة العامة الى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة .

والمقصود بالإدارة القضائية ، الإدارة المختصة نوعيا ومحليا ، ولذا يقع الإعلان باطلا إذا سلم الى النيابة العامة دون ثبوت تسليمه للإدارة القضائية المختصة التابع لها الشخص المطلوب إعلانه .

تسليم أوراق الإعلان لجهات أخرى :

أ- تسليم أوراق الإعلان لمأمور السجن ، إذا كان الشخص المطلوب إعلانه سجينا .

ب- بالنسبة للعاملين بالسفن التجارية ، بتسلم صورة الإعلان لربان السفينة .

جـ- إذا أوجب القانون على الخصم تعيين موطن مختار فلم يعقل أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح جاز إعلانه في قلم الكتاب بجميع الأوراق التي كان يصح إعلانه بها في الموطن المختار .

د- أما فيما يتعلق بإعلان صحف الدعاوى والطعون الموجهة الى الأشخاص الاعتبارية العامة فيتم إعلانها بتسليم صورتها الى هيئة قضايا الدولة أو فروعها في الأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها .

وتنص المادة (١٣) من قانون المرافعات على أنه " فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي :

١- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوي وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلي هيئة قضايا الدولة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها.

٢- ما يتعلق بالأشخاص العامة يسلم للنائب عنها قانوناً أو لمن يقوم مقامه فيما عدا صحف الدعاوي وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة إلي هيئة قضايا الدولة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها.

٣- ما يتعلق بالشركات التجارية يسلم في مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء لشخصه أو في موطنه .

٤- ما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية يسلم بمركز إدارتها للنائب عنها بمقتضي عقد إنشائها أو نظامها أو لمن يقوم مقامه فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة للنائب عنها لشخصه أو في موطنه .

٥- ما يتعلق بالشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في جمهورية مصر العربية يسلم إلى هذا الفرع أو الوكيل.

٦- ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم يسلم بواسطة النيابة العامة إلي الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة .

٧- ما يتعلق بالمسجونين يسلم لمأمور السجن.

٨- ما يتعلق ببحارة السفن التجارية أو بالعاملين فيها يسلم للربان.

٩- ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج يسلم للنيابة العامة وعلي النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ، ويجوز أيضاً في هذه الحالة وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلانه كي تتولي توصيلها إليه .

ويجب علي المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة للنيابة العامة المختصة أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه المبين بالورقة وعلي نفقة الطالب كتاباً موصي عليه بعلم الوصول يرفق به صورة أخري ، ويخبره فيه أن الصورة المعلنة سلمت للنيابة العامة ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة للنيابة العامة ، ما لم يكن يبدأ منه ميعاد في حق المعلن إليه . فلا يبدأ هذا الميعاد إلا من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن إليه في الخارج ، أو توقيعه علي إيصال علم الوصول ، أو امتناعه عن استلام الصورة ، أو التوقيع علي أصلها بالاستلام.

١٠- إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة علي آخر موطن معلوم له في جمهورية مصر العربية أو في الخارج و تسلم صورتها للنيابة .

وفي جميع الحالات إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه أو امتنع إعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع علي أصلها بالاستلام أو عن استلام الصورة أثبت المحضر ذلك في حينه في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " بينت المادة ١٣ من المشروع الإجراءات التي تتبع في تسليم صور الإعلانات الى الهيئات العامة والخاصة واستبقت أحكام القانون القائم في جملتها مع بعض تعديلات رأى إدخالها لتتمشى مع نظام الدولة السياسي والإداري ولتذليل بعض الصعوبات التي أثارتها في العمل أحكام القانون القائم فنص على أن تسلم صورة الورقة فيما يتعلق بالدولة للوزراء أو مديري المصالح المختصة أو المحتفظين أو من يقوم مقامهم من الموظفين وأضيف الى البند الثاني نص يجيز تسليم صورة الإعلان لمن يقوم مقام النائبين عن الأشخاص العامة ، ونص في البند الثالث على جواز تسليم الصورة في مركز إدارة الشركة التجارية لمن يقوم مقام أحد الشركاء المتضامنين أو من رئيس مجلس الإدارة أو المدير ، كما نص في البند الرابع على مثل ذلك في شأن الشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وباقي الأشخاص الاعتبارية الخاصة فيجوز تسليم الصورة في مركز إدارتها لمن يقوم مقام النائب عنها ، وذلك تيسيرا للإعلان إذا لم يجد المحضر أحدا من النائبين قانونا وإنما وجد من يقوم مقامه " .

عدلت الفقرة الأخيرة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ المنشور في ١٩٧٦/٨/٢٨ والمعمول به اعتبارا من ١٩٧٦/١٠/١ وكانت قبل التعديل تنص على أنه " وفي جميع الحالات السابقة إذا امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على أصلها بالاستلام أثبت المحضر ذلك في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة " .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ عن هذا التعديل : " .. وكذلك تعديل الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ مما يقتضي وجوب أن يسبق تسليم صورة الورقة المعلنة توقيع من تسلمها على الأصل تمشيا مع التعديل الذي أدخل على البند (٥) من المادة ٩ سالف الذكر ، ومع إضافة حكم جديد الى الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ يعرض لبيان ما يجب على المحضر اتباعه عند عدم وجود من يصح تسليم الورقة إليه وفقا لأحكام تلك المادة مما آثار خلافا في التطبيق نتيجة هذا النص حول ما يتعين على المحضر القيام به ، وتفاديا لهذا الخلاف رئى إضافة هذه الحالات الى الحالات التي تلم فيها صورة الورقة المراد إعلانها الى النيابة العامة " .

واستبدلت عبارة (هيئة قضايا الدولة) بعبارة (إدارة قضايا الحكومة) في البندين الأول والثاني بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ الصادر بشأن هيئة قضايا الدولة .

أضيفت الفقرتان الثانية والثالثة الى البند التاسع بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعمول به اعتبارا من ١٩٩٢/١٠/١ وقد جاء عنهما في مذكرته الإيضاحية ما نصه " كذلك فإن من الأمور التي أثارت صعوبات إجرائية في العمل الإعلانات التي توجه الى الأشخاص المقيمين في الخارج ، فالقواعد العامة المنصوص عليها في البند ٩ من المادة ١٣ من قانون المرافعات تقضي بتسليم صورة الإعلان للنيابة العامة

وقد وردت صياغة هذه الأحكام على نحو آثار خلافا في الرأى بشأن تحديد الوقت الذي ينتج فيه الإعلان أثره وهل يكون من وقت تسليمه الى النيابة العامة أو من وقت تسليم الصورة للمعلن إليه في الخارج لذلك فقد اتجه المشروع حسما لكل خلاف الى النص صراحة على أن الإعلان ينتج أثره من وقت تسليم الصورة الى النيابة العامة فإذا كان الإعلان مما يبدأ منه ميعاد فلا يبدأ هذا الميعاد من تاريخ تسليم الصورة في موطن المعلن إليه في الخارج أو امتناعه عن الاستلام والتوقيع ، كما استحدث المشروع البريد كوسيلة إضافية لإعلان من لهم موطن معلوم في الخارج محتذيا في ذلك ببعض القوانين المقارنة كالقوانين الفرنسية والإيطالية واللبنانية ، وأوجب على المحضر خلال أربع وعشرين ساعة من اليوم الذي يسلم فيه صورة الإعلان للنيابة العامة أن يوجه الى المعلن إليه في الخارج كتابا موصى عليه بعلم الوصول يرفق به صورة أخرى من الإعلان يخبره فيه أن الصورة المعلنة قد سلمت للنيابة ، وراعى المشروع أن يتحمل المعلن نفقات البريد فنص على أن يكون تقدير تلك النفقات وكيفية أدائها بقرار يصدر من وزير العدل ، كما رتب المشروع على توقيع المعلن إليه على علم الوصول أو امتناعه عن الاستلام أو التوقيع سريان الميعاد في حقه إذا كان الإعلان مما يبدأ منه ميعاد أسوة باستلامه الصورة المعلنة أو امتناعه عن استلامها أو التوقيع بالاستلام " .

ويجب إتباع إجراءات الإعلان المنصوص عليها في كل بند دون الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ١٠ ، ١١ مرافعات وإلا وقع الإعلان باطلا :

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ نص قانون المرافعات في المادة العاشرة على أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها الى الشخص نفسه أو موطنه ، ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون وفي المادة ١٣ بفقراتها العشر على أنه فيما يتعلق بالدولة والأشخاص العامة والشركات التجارية والشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية والشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في مصر ، وأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم والمسجونين وبحارة السفن التجارية أو العاملين بها ، والأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج ، والأشخاص الذي ليس لهم العاملين بها ، والأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج ، والأشخاص الذي ليس لهم موطن معلوم - يكون تسليم الإعلان حسب المبين في كل فقرة الى الشخص أو الهيئة أو في المركز أو الجهة المنصوص عليها ، فإنه بذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يكون قد أخرج إعلان الأشخاص المذكورين في المادة ١٣ سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين من حكم المادة العاشرة بحيث يصح الإعلان لكل منهم إذا سلمت صورته بالكيفية المنصوص عليها فيها بالنسبة إليه وبحيث يمتنع تطبيق ما يخالفها من القواعد العامة في الإعلان " (١٩٧٥/١٢/٤ - م نقض م - ٢٦ - ١٥٥٤) وبأنه قانون المرافعات - إذ نص في المادة ١١ على أن تسلم الأوراق المطلوب إعلانها الى الشخص نفسه أو في موطنه كما يجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي بينها القانون - وإذ نص في المادة ١٤ بفقرتها العشر على أنه فيما يتعلق بالدولة والأشخاص العامة والخاصة الملكية والشركات التجارية والشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات وسائر الأشخاص الاعتبارية ، والشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في مصر ورجال الجيش ومن في حكمهم والمسجونين وبحارة السفن التجارية وخدمها ، والأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج ويكون تسليم صورة الإعلان بحسب المبين في طل فقرة الى الشخص المعين أو الهيئة المعينة أو في المركز المعين أو في الجهة المعينة فيها ، فإن بذلك يكون قد أخرج إعلان الأشخاص المذكورين في المادة ١٤ سواء أكانوا طبيعيين أم معنويين من حكم المادة ١١ ، بحيث لا يصح الإعلان لكل منهم إلا إذا سلمت صورته بالكيفية المنصوص عليها بالنسبة إليه ، مما يمتنع معه تطبيق المادة المذكورة على الإعلانات الخاصة بهؤلاء الأشخاص " (١٩٥٢/١٢/٢٥ - م نقض م - ٤ - ٢٤٣ - ١٩٧٢/٣/٢٨ - م نقض م - ٢٣ - ٥٤٢).

ونلاحظ من الفقرة الأولى من المادة (١٣) والتي تنص على أن " ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو لمن يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة الى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها .

ويشمل المقصود بالدولة في مقام الإعلان كل نظمها الأساسية بكافة سلطاتها التشريعية والقضائية والتنفيذية ، فيدخل في هذا النطاق رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة والوزراء وتوابعهم ووحدات الحكم المحلي والمصالح الحكومية المختلفة ، وتجدر الإشارة الى أن المقصود بعبارة (مديري المصالح المختلفة) ألا يقتصر في شأن الإعلان على المصالح العامة التي لها شخصية اعتبارية مستقلة وإنما هو يتسع لكل المصالح ولو لم تثبت لها هذه الشخصية ، ومن ثم يجوز الإعلانات الى مديري هذه المصالح مباشرة دون الوزير الذي تتبعه ، فيجوز مثلا إعلان كبير كتاب المحكمة مباشرة بالعزم على صرف مبلغ مودع بخزينة المحكمة عملا بالمادة ٢٨٥ مرافعات أو بمحضر الحجز على مبلغ يودع بخزينة المحكمة عملا بالمادة ٣٢٨ مرافعات أو إعلان مكتب أو مأمورية الشهر العقاري مباشرة بإنذار يتعلق ببعض الإجراءات .

وفيما يتعلق بإعلان الدولة والمصالح ووحدات الحكم المحلي بأوراق المحضرين عدا صحف الدعاوى والطعون والأحكام كالإنذارات والإعذارات ومحاضر الحجز يكون الإعلان بتسليم الصورة في مقر الجهة المعنية الى ممثل هذه الجهة أو من يقوم مقامه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " النص في المادة ١٣ من قانون المرافعات على أنه " فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تسلم صورة الإعلان على الوجه الآتي : ١- ما يتعلق بالدولة يسلم للوزراء ومديري المصالح المختصة والمحافظين أو من يقوم مقامهم فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة الى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها " يدل على أنه يتعين التفرقة بين نوعين من الأوراق التي تعلن للأشخاص المبينين في البند الأول من تلك المادة الأولى صحف الدعاوى والطعون والأحكام ويكون إعلانها بتسليم الصورة لإدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة) أو فروعها بالأقاليم ، والثانية ما عدا ذلك من أوراق كالإنذارات ومحاضر الحجز فتعلن الى هؤلاء الأشخاص في مقارهم . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب الى بطلان إنذار - التكليف بالوفاء بالأجرة - تم في مقر المطعون ضده الأول لعدم إعلانه في إدارة قضايا الحكومة ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه " (١٩٨٨/١/١٤ طعن ١٦٨٨ سنة ٥٠ق) ويقصد بمن يقوم مقام ممثل الجهة المعلن إليها في هذا الصدد من يقوم مقام في تسلم أوراق الإعلانات وليس من يقوم مقامه في السلطة بصفة عامة (والي بند ٢٤٠ - عاشور بند ٥١ والأحكام المشار إليها فيهما) وإذا لم يجد المحضر من يجوز تسليم الصورة الى النيابة العامة عملا بالفقرة الأخيرة من المادة.

أما فيما يتعلق بإعلانها بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فيكون بتسليم الصورة الى هيئة قضايا الدولة إذ ليس للدولة ومصالحها ووحدات الحكم المحلي بالنسبة الى هذه الأوراق سوى موطن واحد هو المقر الرئيسي لهيئة قضايا الدولة في القاهرة أو فروعها في الأقاليم .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مؤدى نص المادتين ١٣ ، ١٩ من قانون المرافعات ، أن المشرع لم يجعل للدولة ومصالحها المختلفة سوى موطن أصلي واحد بالنسبة للإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام ، فأوجب تسليم صور إعلاناتها الى إدارة قضايا الحكومة وإلا كان الإعلان باطلا " (١٩٧٨/١/١٨ - م نقض م - ٢٩ - ٢٥٣ - ١٩٨٧/٤/٢٣ طعن ١٠٩ سنة ٥٤ق - ١٩٨٩/٤/٥ طعن ٥٥ سنة ٥٦ق) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق).

وقد جرى القضاء على عدم التشدد بالنسبة للاختصاص المحلي فحكم بأنه الإعلان الذي يدخل في الاختصاص المحلي لإحدى مأموريات قلم القضايا يمكن أنه تسلم صورته في إدارة القضايا لمن له صفة في تسلم الإعلانات فيها على أنه من المقرر أنه المحضر ليس مكلفا بالتحقق من هذه الصفة فإذا حدث وسلمت صورة الإعلان صحيفة الدعوى أو طعن أو حكم على غير هذا الوجه بأنه سلمت في مصر للشخص الاعتباري فإنه الإعلان يكون باطلا .

وبمجرد تسليم الصورة لإدارة القضايا يعتبر الإعلان قد تم صحيحا ولا حاجة بعد ذلك لقيام المحضر بإخطار الجهة المعلن إليها بأن الصورة قد سلمت لإدارة القضايا . لكن إذا امتنعت إدارة القضايا الحكومة عن استلام الإعلان أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام وجب على المحضر أن يثبت هذا الامتناع في الأصل والصورة ويسلم الصورة للنيابة العامة ويعتبر الإعلان قد تم بهذا التسليم .

أما فيما يتعلق بالأشخاص العامة فيتسلم للنائب عنها قانونا أو لمن يقوم مقامه وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ والتي تنص على أن " ما يتعلق بالأشخاص العامة يسلم للنائب عنها قانونا أو لمن يقوم مقامه فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة الى إدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها .

والأشخاص العامة يقصد بها في هذا المقام الأشخاص الاعتبارية العامة التي تنوب عنها هيئة قضايا الدولة وفقا لقانونها رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ حيث كانت المادة السادسة من قبل تعديلها بالقانون الأخير تنص على أنه " تنوب هذه الإدارة عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي خولها القانون اختصاصا قضايا .

وتسلم إليها صورة الإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات ما اتصل منها بجهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري أو أية هيئة قضايا أخرى .

ولرئيس إدارة قضايا الحكومة أو لمن يفوضه أن يتعاقد مع المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم في مباشرة دعوى خاصة بالحكومة أو المصالح العامة أو المجالس المحلية أمام المحاكم الأجنبية " .

ثم عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ المعمول به اعتبارا من ١٩٨٦/٥/٣٠ ليصبح نصها كالآتي " تنوب هذه الهيئة عن الدولة بكافة شخصياتها الاعتبارية العامة فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التي خولها القانون اختصاصا قضائيا وتسلم إليها صور الإعلانات الخاصة بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات ما اتصل منها بجهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري أو أى هيئة قضائية أخرى .

ولرئيس هيئة قضايا الدولة أو لمن يفوضه أن يعاقد مع المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم في مباشرة دعوى خاصة بإحدى الشخصيات الاعتبارية العامة أمام المحاكم الأجنبية " .

وواضح من ذلك أن المقصود بالأشخاص الاعتبارية العامة يتسع ليمل بجانب الدولة ، المصالح العامة ووحدات الحكم المحلي ، الهيئات العامة التي نظمها القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ الصادر بشأن الهيئات العامة وذلك بتقدير أن هذه الهيئات العامة كانت في الأصل مصالح حكومية ثم رأت الدولة إدارتها عن طريق هيئات عامة خروجا بالمرافق التي تتولى تسييرها عن جمود النظم الحكومية فمنحتها شخصية مستقلة تحقيقا لغرضها الأساسي وهو أداء الخدمة .

وفيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية العامة عدا الهيئات العامة فيتم إعلانها بغير صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام بمقر الشخص الاعتباري العام بتسليم الصورة الى ممثله أو من يقوم مقامه أما صحف الدعاوى والطعون والأحكام فيتم إعلان الشخص الاعتباري العام بها عن طريق تسليم الصورة الى هيئة قضايا الدولة سواء في مقرها الرئيسي بالقاهرة أو فروعها ومأمورياتها بالأقاليم ، إذ ليس للشخص الاعتباري العام بالنسبة لهذه الأوراق سوى موطن واحد هو هيئة قضايا الدولة ، فإذا أجرى إعلانها بها في غيرها وقع الإعلان باطلا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت المادة ٣/١٤ من قانون المرافعات السابق بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٠ تقضي بأن تسلم صورة الإعلان فيما يتعلق بالأشخاص العامة للنائب عنها قانونا ، وذلك فيما عدا صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام فتسلم الصورة الى إدارة قضايا الحكومة أو مأمورياتها بالأقاليم حسب الاختصاص المحلي لكل منها ، فإنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعتد بتسليم إعلان صحف الدعاوى والطعون الموجهة لأشخاص القانون العام ، ولا يترتب عليه أثره ، مادام لم يتم طبقا لما تقضي به المادة ٣/١٤ من قانون المرافعات السالفة البيان ، وعلى أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا ، ذلك أنه وفقا للمادة السادسة من هذا القانون متى نص القانون على ميعاد حتمي لرفع طعن أو دعوى أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله إعلانا صحيحا " (١٩٧٢/٣/٢٨ طعن ٢١٥ سنة ٣٧ق - م نقض م - ٢٣ - ٥٤٢)

أما بالنسبة لإعلان الهيئات العامة فكان قضاء محكمة النقض قد جرى على خضوعه لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٣ فيتم إعلانها بغير صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام بتسليم الصورة في مقرها الى من يمثلها أو من يقوم مقامه ، كما يكون إعلانها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام بتسليم الصورة الى هيئة قضايا الدولة سواء في مقرها الرئيسي بالقاهرة أو الى أحد فروعها أو مأمورياتها بالأقاليم بحسب الاختصاص المحلي لكل منها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات السابق - الذي رفع الاستئناف في ظله - ونص المادة السادسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ٩٦٣ في شأن تنظيم إدارة قضايا الحكومة ، أن تلك الإدارة - في ظل قانون المرافعات السابق - إنما تنوب عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية ، وكذلك عن الهيئات العامة والمجالس المحلية ، وكذلك عن الهيئات العامة التي تباشر مرافق الدولة ولها كيان مستقل وشخصية معنوية معتبرة في القانون العام ، على أساس أن هذه الهيئات كانت في الأصل مصالح حكومية ، ثم رأت الدولة إدارتها عن طريق هيئات عامة خروجا بالمرافق التي تتولى تسييرها من جمود النظم الحكومية ، فمنحتها شخصية مستقلة تحقيقا لغرضها الأساسي وهو أداء خدمة ، أما الشركات التابعة للمؤسسات العامة والتي يكون الغرض الأساسي منها هو ممارسة نشاط نجاري أو صناعي أو زراعي أو مالي ، وتستقل بميزانيات تعد على نمط الميزانيات التجارية ، وتؤول إليها أرباحها بحسب الأصل ، وتتحمل بالخسارة فإنها لا تعتبر من الأشخاص العامة ومن ثم لا يسري عليها حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة من قانون المرافعات السابق ولا حكم المادة السادسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ آنف الذكر " (١٩٧٣/٢/٢٠ - م نقض م - ٢٤ - الجزء الأول - ٢٨٢ - ١٩٨٣/٥/٥ طعن ٢٤٧ سنة ٤٣ق - م نقض م - ٣٤ - ١١٣٣ - ١٩٨٣/١٢/٢٧ طعن ٥٤٤ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٤ - ١٩٢٩)

لكن بصدور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ في شأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها قد نص في المادة الثالثة من مواد إصداره على أنه " استثناء من الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية تسلم إعلانات الدعوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بالهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها في مركز إدارتها لرئيس مجلس الإدارة " ، كما نصت المادة الثالثة من القانون على أنه " لرئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو المؤسسة العامة تكليف إدارتها القانونية بأى عمل مما تختص به الإدارات القانونية للوحدات التابعة بسبب أهميته أو ظروفه ، كما يجوز لمجلس إدارة الهيئة العامة أو المؤسسة العامة أو الوحدات التابعة لها بناء على اقتراح إدارتها القانونية إحالة بعض الدعاوى والمنازعات التي تكون المؤسسة أو الهيئة أو إحدى الوحدات الاقتصادية التابعة لها طرفا فيها ، الى إدارة قضايا الحكومة لمباشرتها أو التعاقد مع مكاتب المحامين الخاصة لمباشرة بعض الدعاوى والمنازعات بسبب أهميتها " ، ويستفاد من هذين النصين الآتي:

١- لا يجوز الاحتجاج بأحكام هذا القانون على الإجراءات التي اتخذت قبل العمل به إذ تبقى خاضعة من حيث الصحة والبطلان للقواعد القانونية التي كانت سارية عند اتخاذها (١٩٧٥/٥/٧ في الطعن ٤١٥ لسنة ٤١ق)

٢- أخرجت المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ الهيئات العامة من عداد الأشخاص الاعتبارية العامة المنصوص عليها في البند الثاني من المادة ١٣ مرافعات وذلك فيما يتعلق بإعلانها بصحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام ، فلم يعد يجوز من تاريخ العمل بالقانون المذكور إعلانها بهذه الأوراق بهيئة قضايا الدولة ، وإنما أصبح متعينا إعلانها بها في مركز إدارتها لرئيس مجلس الإدارة ، وإذا كان النص قد أغفل التصريح بجواز تسليمها الى من يقوم مقامه إلا أنه حكم تقضي به القواعد العامة فيجوز تسليم الصورة عند غياب رئيس مجلس الإدارة الى من يقوم مقامه في استلام أوراق الإعلانات وكان قضاء النقض قد جرى على ذلك في ظل المادة ١٤ من تقنين المرافعات السابق التي لم تكن تتضمن عبارة (أو لمن يقوم مقامه) التي إضافتها المادة ١٣ من التقنين الحالي . (١٩٧٢/١١/٢٥ طعن ٢٤ سنة ٣٦ق – م نقض م – ٢٣ – ١٢٧٨ – ١٩٧٢/١٢/١٦ طعن ٢١٥ سنة ٣٦ق – م نقض م – ٢٣ – ١٣٩١ – ١٩٧١/١٢/٢٨ طعن ١٠٧ سنة ٣٧ق –م نقض م – ٢٢ – ١١١٥)

وقضت أيضا بأنه " النص في المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الإدارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة أو الوحدات التابعة لها على أنه " استثناء من الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية تسلم إعلانات صحف الدعاوى وصحف الطعون والأحكام المتعلقة بالهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها في مركز إدارتها لرئيس مجلس الإدارة يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على وجوب تسليم صورة الورقة المراد إعلانها بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية السابق بيانها لرئيس مجلس إدارة أو من ينوب عنه " (١٩٨٨/٢/٣ طعن ١١٨٨ سنة ٥٧ق – ١٩٨٨/١٠/٢٦ طعن ٧١٣ سنة ٥٨ق – ١٩٨٨/١٢/٢٥ طعن ١٧١٣ سنة ٥٣ق – ١٩٨٢/٥/١١ – م نقض م – ٣٣ – ١٩٣) غير أن البطلان المترتب على إعلان الهيئة في غير مركزها الرئيسي هو بطلان تسبي مقرر لصالح الهيئة من جهة ويزول بحضورها في الزمات والمكان المعينين في الإعلان (١٩٨٨/١٢/٢٥ طعن ١٧١٣ سنة ٥٣ق – وقارن ١٩٧٨/٤/٢٤ – م نقض م – ٢٩ – ١٠٨٨ حيث قضى بأنه إعلان صحيفة افتتاح الدعوى في إدارة قضايا الحكومة بالنسبة الى من تنوب عنهم يعتبر إعلانا معدوما ويكون الحكم الصادر بناء عليه حكما معدوما)

أما بالنسبة لإعلان المؤسسات العامة وشركات القطاع العام فقد قضت محكمة النقض بأنه " يخرج من نطاق أعمال البند الثاني من المادة ١٣ مرافعات من نطاق المادة السادسة من قانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ ، فلا يجوز إعلانها بصحف الدعاوى أو الطعون والأحكام بتسليم صورتها الى هيئة قضايا الدولة وإنما يكون إعلانها بها بتسليم صورتها في مركز إدارتها وفقا لحكم البند الرابع من المادة ١٣ فقضى بأنه " إذا كان الثابت أن المطعون عليه بصفته قد وجه إعلان صحيفة الدعوى الابتدائية الى رئيس مجلس إدارة المؤسسة العامة للسينما وتم إعلانه مخاطبا السيدة ...... المختصة لغيابه ، وعند إعادة الإعلان وجهه المطعون عليه الى ذات العنوان وخاطب المحضر رئيس مجلس الإدارة إلا أن الموظف المختص بمكتبه امتنع عن الاستلام محتجا بأن الإدارة القانونية هى بمدينة الفنون بالهرم مما دعا المحضر الى تسليم صورة الإعلان للنيابة العامة ، ولما كان الامتناع عن استلام صورة إعادة الإعلان يرجع الى أنه لم يوجه الى الإدارة القانونية بمدينة الفنون بالهرم مع أن المعول عليه في هذا الخصوص هى بتسليم الإعلان في مركز إدارة المؤسسة لا في إدارتها القانونية ، وكذلك الطاعنة لم تقدم ما يفيد أن مركز إدارة المؤسسة يغاير المركز الذي تم الإعلان فيه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص الى أن إعلان صحيفة الدعوى وإعادة إعلانها قد تم صحيحا طبقا لما توجبه المادة ٤/١٣ سالفة الذكر ، فإن النعى يكون على غير أساس " (١٩٧٧/٢/١٥ طعن ٦١ سنة ٤٢ق - م نقض م - ٢٨ - ٤٥٤)

كما قضت بأنه " مؤدى نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة الثالثة عشرة من قانون المرافعات أن تسلم صورة الإعلان الى الشركات التجارية أو المدينة في مركز إدارة الشركة فإن تسليم صورة صحيفة افتتاح الدعوى - التي أقامها عليها المطعون ضده - لا يعتبر إعلانا صحيحا في القانون ولا تنعقد به الخصومة فيها ، ذلك أن انعقاد الخصومة مشروط بتمام إعلان الصحيفة الى المدعى عليه إعلانا صحيحا فإذا تخلف هذا الشرط زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية إذ أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون المرافعات أنه وإن كان يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليها - كأثر إجرائي - بدء الخصومة إلا أن إعلان صحيفة الدعوى الى المدعى عليه ، يبقى كما كان في ظل قانون المرافعات الملغي إجراء لازما لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقا لمبدأ المواجهة بين الخصوم ويكون وجود الخصومة الذي بدأ بإيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب ، معلقا على شرط إعلانها إلى المدعى عليه إعلانا صحيحا ، فإن تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الابتدائي زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية . لما كان ما تقدم ، وكان الثابت مما سلف بيانه أن الخصومة في هذه الدعوى لم تنعقد بين طرفيها لعدم إعلان الطاعنة بصحيفة الدعوى إعلانا صحيحا وفقا للقانون ونظرت الدعوى أمام محكمة أول درجة في غيبة الطاعنة إلى أن انتهت بالحكم الذي طعنت فيه الطاعنة بالاستئناف متمسكة بانعدام أثر - الإعلان والحكم المترتب عليه فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الدفاع وقضى في موضوع الدعوى تأسيسا على أن إعلان الطاعنة بإدارة قضايا الحكومة لم يتم إلا بناء على توجيه من موظف الشركة الطاعنة المختص وأنه لا يمكنها أن تفيد من عمل مندوبها وفعله فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٧٨/٤/٢٤ طعن ٨٣٣ سنة ٤٤ق - م نقض م - ٢٩ - ١٠٨٨ - ١٩٧٩/٢/٨ طعن ٥١٤ لسنة ٤٤ق - م نقض م - ٢٩ - ٤١٨).

وبالنسبة إلى الدفاع في الدعاوى عن الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام فالأصل أن تتولاه الإدارة القانونية لكل منها ، وأن أجازت المادة الثالثة من مواد القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ المشار إليه آنفا في الدفاع عن الشركة إلى الإدارة القانونية بالمؤسسة أو الهيئة ، كما أجازت إسناد الدفاع عن المؤسسة أو الهيئة أو الشركة إلى هيئة قضايا الدولة أو أحد المحامين من ذوي المكاتب الخاصة ، غير أنها اكتفت في الحالة الأولى بقرار من رئيس مجلس إدارة المؤسسة أو الهيئة ، واشترطت في الحالة الثانية صدور قرار من مجلس إدارة المؤسسة أو الهيئة أو الشركة بحسب الأحوال .

ونجد الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من قانون المرافعات تتحدث عن إعلان الشركات التجارية فتنص على أن ما يتعلق بالشركات التجارية يسلم في مركز إدارة الشركة لأحد الشركاء المتضامنين أو لرئيس مجلس الإدارة أو للمدير أو لمن يقوم مقامهم فإن لم يكن للشركة مركز تسلم لواحد من هؤلاء لشخصه أو في موطنه"

والملاحظ من نص الفقرة السابعة أنه في حالة إعلان الشركات التجارية يجب أن تسلم الصورة في مركز الشركة دون الاعتداد بمركز إدارتها القانونية (١٩٧٧/٢/١٥ في الطعن ٦١ سنة ٤٢ق – م نقض م – ٢٨ – ٤٥٤) ولا يجوز تسليم الصورة في مركز الشركة إلى غير من عددتهم المادة وإلا كان الإعلان باطلا (١٩٦٠/٣/١١ – م نقض م – ١١ – ١٢٣) إلا أنه يجوز وفقا لصريح النص الجديد تسليم الصورة إلى من يقوم مقام هؤلاء وهو حكم كان قد استقر عليه القضاء في ظل القانون القديم بغير نص (١٩٧١/١٢/٢٨ – م نقض م – ٢٢ – ١١١٥ – ١٩٧٢/١١/٢ – م نقض م – ٢٣ – ١٢٨٧) والمقصود من يقوم مقامه في استلاك أوراق الإعلانات وليس من يقوم مقامه في سلطاته بصفة عامة ولا يلزم إرسال خطاب مسجل إلى ممثل الشركة بإخطاره بتسليم الصورة إلى من ينوب عنه (١٩٨٢/١١/١٦ طعن ٢٠٤٢ سنة ٥٠ق – ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن ٩٦٠ سنة ٤٧ق)

وإذا لم يكن للشركة مركز فتعلن الورقة في موطن الشريك المتضامن أو رئيس مجلس الإدارة أو المدير بحسب الأحوال (١٩٦٢/٢/١٥ طعن ١٢٤ سنة ٢٦ق – م نقض م – ١٣ – ٢٢٨)

وإذا أجرى الإعلان في مركز الشركة فإنه لا يلزم ذكر اسم ممثلها كما لا يؤثر الخطأ فيه (١٩٦٧/١٢/٦ – م نقض م – ١٨ – ١٨٢٠ – ١٩٦٤/١/٣ – م نقض م – ١٥ – ١٣) أما إذا لم يكن لها مركز أو كان مركزها غير معروف وأجرى الإعلان لشخص ممثلها أو في موطنه فيتعين ذكر اسمه ولقبه وصفته وموطنه .

لكن إذا لم تسلم الصورة لممثل الشخص الاعتباري أو من ينوب عنه كان الإعلان باطلا .

أما فيما يتعلق بالشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات وسائر الأشخاص الاعتبارية فتسلم صورة الإعلان بمراكز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامها فإذا لم يكن لها مركز سلمت الصورة لنائب عنها لشخصه أو في موطنه طبقا للمادة ٤/١٣ .

أما بالنسبة للشركات الأجنبية فقد تنازلت الفقرة الخامسة من المادة ١٣ ما يخص إعلانها بنصها " ما يتعلق بالشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في الجمهورية العربية المتحدة يسلم إلى هذا الفرع "

ويعتبر وجود فرع للشركة الأجنبية في مصر كما قضت به محكمة النقض مسألة واقعية يستقل بها قاضي الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اعتبار المكان الذي يباشر فيه الشركة الأجنبية نشطاها في مصر موطنا لها في مصر في كل ما يتعلق بهذا النشاط " (١٩٨٠/٢/٤ - م نقض م - ٣١ - ٣٨٨)

فيشترط لصحة الإعلان في فرع الشركة أو الوكيل في مصر أن يتعلق بنشاط الفرع أو الوكيل بها ومتى كان ذلك فإنه يجب أن يتم الإعلان في مصر طبقا للنص وليس في مركز إدارة الشركة الرئيسي بالخارج غير أن محكمة النقض قضت بأن هذا النص لا يقصد به حرمان صاحب الشأن من أصل حقه في إجراء الإعلان في مركز الشركة الرئيسي في الخارج وإنما قصد به التيسير عليه في إتمام الإعلان والتعجيل بإجراءاته ورتبت على ذلك جواز الإعلان في مقر الشركة بالخارج .

ويلاحظ أن تسليم الصورة إلى الوكيل مشروط بأن يكون الإعلان موجها إلى الشركة من غير الوكيل ، فإن كان موجها منه إليها وجب إعلانها في موطنها الأصلي في الخارج احتراما لقاعدة المواجهة بين الخصوم التي تعد من أهم تطبيقات مبدأ احترام حقوق الدفاع وما تقتضيه من ضرورة إعلام الخصم بما يتخذ ضده من أعمال إجرائية وفقا للشكل الذي يقرره القانون تمكينا له من الدفاع عن مصالحه (١٩٨١/٦/٢٢ طعن ١٥٨ سنة ٤٨ق - م نقض م - ٣٢ - ١٨٩١)

وفيما يتعلق فأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم يسلم بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة . (م٦/١٣)

والمقصود بأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم ضباط القوات المسلحة والبحرية والطيران القائمون في الخدمة ورجال مصلحة خفر السواحل والموانئ والمنائر وسلاح الحدود وما في حكمها من المصالح العسكرية التابعة لوزارة الحربية وسائر المتطوعين ومن يستدعون للخدمة أو بأمر تكليف والمدنيون الملحقون بالمعسكرات أو الثكنات (العشماوي بند ٥٧٥ - والي بند ٢٣٧ - إبراهيم سعد ص٧٢٤ - راغب ص٢٧٩ - عاشور ص٢٣٥)

ويتم إعلان أفراد القوات المسلحة بتسليم الصورة بواسطة النيابة العامة الى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ تنص المادة ٦/١٣ من قانون المرافعات أنه فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن في حكمهم يسلم (الإعلان) بواسطة النيابة العامة إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ، فقد أفادت بذلك أن إعلان ضباط الجيش والجنود النظاميين يكون باستلام الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة صورة الإعلان ويكون تسليم هذه الصورة لها بواسطة النيابة التي تعتبر في هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماما ، وإذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن لم يحضر أمام محكمة الاستئناف وأن صحيفة الاستئناف قد وجهت إليه باعتباره من رجال القوات المسلحة ، وسلم الإعلان لوكيل نيابة بور سعيد الجزئية بمقر النيابة بالمنصورة ، ولا يوجد ما يفيد تسليم الإعلان إلى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة فإن إعلان الطاعن بصحيفة الاستئناف يكون باطلا " (١٩٧٧/٢/٢٤ طعن ٢٥ سنة ٤١ق - م نقض م - ٢٨ - ٥٦٩ - ١٩٧٧/٣/١٦ طعن ٥١٧ سنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٨ - ٩٦٧ - ١٩٧٨/٢/١٥ - م نقض م - ٢٩ - ٤٨٤ - ١٩٧٧/٥/١٧ - م نقض م - ٣١ - ١٤٠٩ - ١٩٨٩/٣/٢٦ طعن ١٧٣٧ سنة ٥٠ق).

ويبطل الإعلان إذا تم لأفراد القوات المسلحة بغير الطريق السالف بأن تم بتسليم الصورة إلى شخص المعلن إليه أو في موطنه :

وقد قضت محكمة النقض بأنه مفاد المادتين ٦/١٣ ، ١٩ من قانون المرافعات أنه بالنسبة لأفراد القوات المسلحة ينبغي أن يسلم إعلانهم بواسطة النيابة العامة الى الإدارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ويترتب على مخالفة ذلك بطلان الإعلان شرط أن يكون الخصم على علم بصفتهم هذه وإلا صح إعلانهم طبقا للقواعد العامة . لما كان ذلك ، وكان البيان من المستندات المقدمة أن الطاعن الأول ضابط بالقوات المسلحة ، وأن عدم إعلانه بأوراق تكليف بالحضور في الدعوى أمام محكمة أول درجة كشف المطعون عليه عن صفته هذه فتنازل عن مخاصمته أمامها مما يشير إلى علمه اليقيني بصفته كأحد أفراد القوات المسلحة ، ورغم ذلك فإنه أدخله في الاستئناف متجافيا عن سلوك الطريق الواجب الإتباع في إعلانه وفق الفقرة السادسة من المادة ١٣ من قانون المرافعات آنفة البيان ، فإن هذا الإعلان يقع باطلا ولا يسوغ القول بأن الطاعن الأول تقدم بطلب لإعادة الدعوى إلى المرافعة ليتسنى إبداء دفاعه وأن البطلان قد تصحح في معنى المادة ١١٤ من قانون المرافعات لأن الثابت أن الطاعن الأول لم يحضر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة الاستئناف ، وأنه نوه في طلبه المقدم في فترة حجز الدعوى للحكم ببطلان إعلانه وأرفق به شهادة رسمية تثبت صفته كضابط بالجيش المصري وأنه لا يزال في الخدمة وبالتالي فإن تقديم الطلب لم يكن بناء على الإعلان الباطل ولا يسقط حقه في التمسك بالبطلان " (١٩٧٨/٢/١٥ – م نقض م – ٢٩ – ٤٨٤ – والي بند ٢٣٧ – محمد إبراهيم في أصول صحف الدعاوى ص٣٦٩ – نبيل عمر في الإعلان ص٧٦ – عاشور بند ١٦١) ولكن هذا البطلان نسبي فلا يجوز لغير المعلن إليه التمسك به ويسقط الحق فيه بالحضور بناء عليه في الزمان والمكان المعينين في الإعلان (١٩٧٨/٣/١٥ طعن ٩٠٣ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٩ – ٧٥٩ – ١٩٧٨/٢/١٥ طعن ٨٦٧ سنة ٤٤ق – م نقض م – ٢٩ – ٤٨٤ – ١٩٧٧/٣/١٦ طعن ٥١٧ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٨ – ٦٩٧)

وفيما يخص إعلان المسجونين فقد نصت الفقرة السابعة من المادة ١٣ على أن " ما يتعلق بالمسجونين يسلم لمأمور القسم " .

وهذا الحكم ضرورة لصعوبة إعلان المسجون لشخصه وعدم جدوى إعلانه في موطنه وهو غير موجود فيه كما أنه قد يصعب على من فيه توصيل الصورة إليه ، ويعتبر الإعلان قد تم بتسليم الصورة للمأمور ولو لم يسلمها للمسجون .

ولكن إذا حضر المحضر ولم يجد من يصح تسليم الصورة له كما إذا لم يجد مأمور السجن أو من يقوم مقامه أو وجد أحد هؤلاء ولكنه امتنع عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن استلام الصورة فإنه يجب على المحضر طبقا للمادة (١٠/١٣) أن يثبت ذلك في أصل الإعلان وصورته .

ويراعى تسليم الورقة المعلنة إلى مأمور السجن الذي يوجد به السجين وحده دون غيره من السجون الأخرى .

أما ما يخص إعلان بحارة السفن والعاملين عليها فيسلم للربان طبقا لنص الفقرة الثامنة من المادة الثالثة عشرة ويقتصر حكم هذه الفقرة على السفن التجارية دون السفن الحربية التي يأخذ رجالها حكم أفراد القوات المسلحة غير أنه يمتد إلى كل السفن الراسية بالموانئ المصرية سواء كانت مصرية أو أجنبية (العشماوي بند ٥٧٥ – والي ص٧٥٧) ويشمل حكم النص كل من يعمل على ظهر السفينة أيا كان نوع العمل أو الحرفة ، إذ العبرة بارتباطه وقت الإعلان بالعمل على ظهر السفينة ولو كان عملا مؤقتا (عاشور بند ١٦٩).

ويعتبر الإعلان قد تم بتسليم الصورة إلى الربان ولو لم يسلمها إلى المطلوب إعلانه (والي ص٧٥٧ – العشماوي بند ٥٧٥ – المدونة بند ٤٥٦ – راغب ص٢٨٠ وقارن أحمد مسلم بند ٣٩١ – ويراجع إبراهيم سعد ص٧٢٥ حيث يريان ضرورة تسليم الصورة إلى المعلن إليهم ويشترط لإلزام طالب الإعلان هذا الطريق أن يكون عالما علما يقينيا وقت الإعلان بصفة المعلن إليه .

وحكم الاقتناع عن استلام الإعلان في هذه الحالات أو الامتناع عن التوقيع بالاستلام أن يقوم المحضر بإثبات ذلك في الأصل والصورة وتسليم الصورة للنيابة وذلك طبقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ مرافعات .

وفيما يتعلق بالأشخاص الذين لهم موطن معلوم في الخارج يسلم للنيابة العامة وعلى النيابة إرسالها لوزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية ويجوز في هذه وبشرط المعاملة بالمثل تسليم الصورة مباشرة لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التي يقع بها موطن المراد إعلانه كى تتولى توصيلها إليه .

ومتى كان للمعلن إليه موطن أصلي أو مختار في مصر جاز إعلانه في هذا الموطن ولو كان له موطن آخر في الخارج إذ من الجائز تعدد الموطن وفقا للمعيار الواقعي الذي أخذ به المشرع المصري .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى تضمن السند التنفيذي الذي تحت يد المطعون عليه تعيين موطن الطاعنة بشارع وهو غير المكان الذي وجه فيه الإعلان ولم يرد بالأوراق ما يدل على أنها تركته وكان يتعين على المطعون عليه أن يسعى لإعلانها فيه رغم القول بأنها سافرت إلى أمريكا لأنه بفرض إقامتها في الخارج فإنه يصح وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض إعلانها في موطنها الأصلي بالبلاد " (١٩٦٨/١٢/٣ – م نقض م – ١٩ – ١٤٧٠ – ١٩٣٧/٤/١٥ – م ق م – ٤٨ – ٢٣٣) وغني عن البيان أنه بالنظر إلى جواز تعدد الموطن ، فإن اتخاذ المعلن إليه موطنا له في الخارج يتوافر فيه العنصران المادي والمعنوي أى الإقامة المستقرة بنية التوطن ، لا يعني بذاته زوال موطنه في مصر مادام قد استمر في شأنه العنصران السالفان مع ملاحظة أن الغيبة عن الموطن مهما استطالت لا تنفي عنه هذه الصفة ومن ثم يجوز لطالب الإعلان إعلانه في الخارج أو في الداخل (مسلم بند ٣٨٧) ومن باب أولى إذا كان المعلن إليه مقيما فعليا في الخارج دون أن تتوافر في محل إقامته شروط الموطن ومع احتفاظه بموطنه في الداخل وجب إعلانه في هذا الموطن في الداخل ولا يجوز إعلانه بمحل إقامته في الخارج (١٩٨٢/٦/٢٤ طعن ٥٥٧ سنة ٤٩ق – عاشور هامش ص٢٠٧) ويجب الإشارة إلى أنه يشترط في جميع الأحوال حسن نية طالب الإعلان ، فإذا كان يعلم بإقامة المعلن إليه فعلا وقت الإعلان في الخارج وتعمد إعلانه في الداخل بقصد عدم وصول الإعلان إلى علمه ، وقع الإعلان باطلا للغش (١٩٨٥/٦/٦ طعن ٢٠٩ سنة ٥٢ق – راغب ص٣٤٧)

ويكون الإعلان في موطن المعلن إليه في الخارج بإحدى وسيلتين أولاهما : أن تسلم الصور إلى النيابة لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية إلى السلطات المختصة في البلد الذي يقع فيه موطن المعلن إليه في الخارج ، وثانيهما : بتسليم الصور مباشرة إلى البعثة الدبلوماسية لهذا البلد في مصر كى تتولى توصيلها إليه ويشترط في هذه الحالة الأخيرة توافر شرط المعاملة بالمثل ، وقد نصت المادة ١/٩ من اتفاقية التعاون القضائي بين مصر وفرنسا على أن طلبات إعلان أو تبليغ المحررات القضائية أو غير القضائية في المواد المدنية وتشمل الأحوال الشخصية وفي المواد الاجتماعية والتجارية والإدارية الواردة من إحدى الدولتين إلى الأخرى ترسب من السلطة المركزية في الدولة طالبة الإعلان إلى السلطة المركزية في الدولة المطلوب إليها تنفيذه طبقا لأحكام اتفاقية الأهالي المبرمة في ١٩٦٥/١١/١٥

وتنص المادة العاشرة على أنه يجوز لكل من الدولتين أن تقوم في غير إكراه بإعلان المحررات القضائية وغير القضائية مباشرة إلى رعاياها عن طريق ممثليها الدبلوماسيين والقنصليين وأن يتولى المأمورون القضائيين والموظفون العموميين ومن إليهم من ذوي الاختصاص في كل من الدولتين بإعلان وتبليغ المحررات مباشرة بواسطة المأمورين القضائية أو الموظفين ومن إليهم من ذوي الاختصاص في الدولتين وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الداخلي لكل منهما .

ويستوي في أعمال حكم النص أن يكون المعلن إليه في الخارج مصريا أو أجنبيا غير أنه إذا كان المعلن إليه مصريا كان لوزارة الخارجية إرسال الإعلان إلى قنصلها في البلد المراد الإعلان فيه لتسليمه بمعرفته إلى المعلن إليه شخصيا أو يعتبر ذلك إعلانا رسميا فإذا رفض المعلن إليه شخصيا الاستلام رد الأوراق إلى وزارة الخارجية التي تعيده إلى النيابة لإعادته إلى قلم المحضرين (مسلم بند ٣٨٨) .

وينتج الإعلان أثره بصفة عامة من وقت تسليم الصورة إلى النيابة دون نظر إلى ما يتلو ذلك من إجراءات أو لتاريخ إرسال المحضر للخطاب الموصى عليه بعلم الوصول ، ودون نظر لتسليم الصورة في الخارج إلى شخص المعلن إليه أو في موطنه ، ولا يستثنى ذلك إلا الحالة التي يكون الإعلان فيها مما يجرى منه ميعاد كإعلان الحكم الذي يجرى منه في حق المعلن إليه ميعاد الطعن فيه ، ففي هذه الحالة لا يتم الإعلان إلا بتمام تسليم الصورة في الخارج سواء لشخصه أو في موطنه بحسب الأحوال والمقصود بالميعاد الذي يجرى منه الإعلان هو ميعاد السقوط كميعاد الطعن في الحكم فلا تندرج فيها مواعيد الحضور ومن هنا يسري قضاء محكمة النقض على أن إعلان صحف الدعاوى والطعون يعتبر قد تم بمجرد تسليم الصورة إلى النيابة .

أما إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له في الجمهورية العربية المتحدة أو في الخارج وتسلم صورتها للنيابة ، ولا يبطل الإعلان إلا إذا أثبت أن المعلن كان في إمكانه أن يعلم موطن المعلن إليه إذا ما تحرى عنه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن خلو ورقة الإعلان للنيابة من بيان آخر موطن للمعلن إليه في مصر أو في الخارج على نحو ما توجبه المادة ١٣ من قانون المرافعات ، لا يترتب عليه البطلان إذا كان المعلن للجهل أى موطن للمعلن إليه ما لم يثبت المتمسك بالبطلان أن خصمه كان يستطيع القيام بالتحريات الكافية للتقصي عن موطنه ولو فعل لتوصيل إليه وذلك مع مراعاة قدر الميعاد المقرر لاتخاذ الإجراءات وما إذا كان يسمح للمعلن بفترة زمنية كافية لإجراء تلك التحريات وهو ما يخضع لتقدير محكمة الموضوع " (١٩٨٥/٢/٥ - م نقض م - ٣٦ - ٢١٠ - ١٩٥٦/٥/٣١ - م نقض م - ٧ - ٦٥٢)

ويشترط لصحة الإعلان للنيابة أن تكشف الورقة عن قيام طالب الإعلان بالتحريات الكافية الدقيقة للتقصي عن محل إقامة المعلن إليه ولكنها لم تسفر عن ذلك :

إن إعلان الأوراق القضائية في النيابة العامة على ما تقوم محكمة النقض بدلا من إعلانها لشخص المعلن إليه أو محل إقامته إنما أجازه القانون على سبيل الاستثناء فلا يجوز الالتجاء إليه إلا إذا قام طالب الإعلان بتلك التحريات (١٩٦٢/٣/١٤ - م نقض م - ١٣ - ٣٠٩) ويجب أن تكون التحريات جدية تكشف عن بذل كل الجهد للاهتداء إلى موطن المعلن إليه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه تسليم أوراق الإعلان للنيابة إجراء استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد التحري الدقيق عن موطن من يراد إعلانه ، وإذا كان يبين من مطالعة أوراق إعادة إعلان الاستئناف أن المطعون عليهم طلبوا إعلان الطاعنين بها في ..... ولما ردت الورقة بغير إعلان قام المطعون عليهم بإعلانهم بها في مواجهة النيابة ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المطعون عليهم قد بذلوا أى جهد في سبيل التحري عن موطن الطاعنين قبل تسليم صورة بالاستئناف في النيابة يكون قد وقع باطلا " (١٩٧٣/١١/٢٩ - م نقض م - ٢٤ - ١١٩٤ - ١٩٨٢/٤/١٨ طعن ٣٣٧ سنة ٤٧ق - ١٩٨٢/١١/٢١ طعن ٩٨ سنة ٤٣ق - ١٩٨٤/٤/٣ طعن ١٧٧١ سنة ٥٣ق - ١٩٩١/١٠/٣١ طعن ١٥٩٤ سنة ٥٤ق)

ويلاحظ أن المشرع لم يخصص تسليم الإعلان لنيابة بعينها لذا يصح توجيه الإعلان إلى أية نيابة عامة حتى ولو كانت غير التي يقع آخر موطن معلوم للمعلن إليه في دائرتها .

وفي جميع الحالات السابقة إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الصورة إليه أو امتنع المراد إعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع على أصلها بالاستلام فعليه إثبات ذلك في حينه في الأصل والصورة ثم يسلم الصورة للنيابة العامة .

وإذا لم تسلم الصورة في هذه الأحوال للنيابة وقع الإعلان باطلا لمخالفة المحضر صريح النص ، ولا يقبله من هذا الجزاء تسليم الصورة إلى جهة الإدارة لكون هذا الإجراء مخالفا للقانون (نصر الدين في الدعوى وإجراءاتها ص٤٣٧ - والي بند ٢٤٢ - راغب في مبادئ الخصومة طبعة ١٩٧٨ ص٧١ - عاشور ص٢٢٧)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " في الحالة التي يتعين فيها تسليم صور صحف الدعاوى والطعون إلى هيئة قضايا الدولة إذا امتنع من خاطبه المحضر عن الاستلام أو عن التوقيع ، وجب على المحضر تسليم الصورة إلى النيابة العامة (١٩٨٩/٤/٥ طعن ٥٥ سنة ٥٦ق - ١٩٨٦/٥/٢٦ طعن ٢٢٧٨ سنة ٥٥ق - ١٩٧٧/٢/١٥ - م نقض م - ٢٨ - ٤٥٤) ولا يلزم عند تسليم الصورة إلى النيابة على النحو السالف توجيه خطاب مسجل إلى المعلن إليه (١٩٨١/١١/١٦ طعن ٢٠٤٢ سنة ٥٠ق)

يتعين أن يتم تسليم الصورة إلى النيابة العامة وفقا للفقرة الأخيرة في نفس اليوم ، إذ أنه وإن كانت الفقرة لم تصرح بأن يتم التسليم في اليوم ذاته وهو التعبير الذي استخدمته المادة ١١ بالنسبة إلى تسليم الصورة إلى جهة الإدارة إلا أن نص الفقرة عبر عن ذلك بقوله " أثبت المحضر ذلك في حينه في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة" ، بما تنصرف معه عبارة (في حينه) إلى كل من واقعة إثبات عدم الوجود أو الامتناع في الأصل والصورة وواقعة تسليم الصورة إلى النيابة العامة ، فضلا عن المقصود من تسليم الصورة إلى النيابة - كالشأن في تسليم الصورة إلى جهة الإدارة - هو ألا تتراخى إجراءات الإعلان وآثاره بسبب لا دخل فيه لإرادة طالب الإعلان ، إذ أن آثار الإعلان لا تترتب في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة إلا من تاريخ تسليم الصورة إلى النيابة .

وفي حالة تعمد طالب الإعلان ذكر موطن غير صحيح للمعلن إليه بقصد عدم الوصول إليه تحكم عليه المحكمة بغرامة لا تقل عن خمسين جنيه ولا تجاوز مائتى جنيه (م١٤ مرافعات)

وكانت المادة عند صدور القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعمول به اعتبارا من ١٩٦٨/١١/١٠ مطابقة للنص الوارد في المتن مع استبدال عبارة (خمسة جنيهات) بعبارة (خمسين جنيها) وعبارة (عشرين جنيها) بعبارة (مائتى جنيه) ثم عدلت على النحو الوارد في المتن عملا بنص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعمول به اعتبارا من ١٩٩٢/١٠/١ التي نصت على أن تزاد إلى عشرة أمثالها الغرامات المنصوص عليها في المادة ومنها المادة ١٤ .

المقصود بالعمل الإجرائي :

العمل الإجرائي هو العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا ، أى أثرا في إنشاء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو انقضائها فيشترط في العمل لاعتباره عملا إجرائيا توافر ثلاثة شروط : أولها : أن يكون عملا قانونيا أى عملا تترتب عليه آثار قانونية فيخرج منه الأعمال التي تكون مقدمة لأعمال قانونية ولكنها ليست كذلك كدراسة القاضي للقضية وترتيب الكاتب لها في جدول الجلسة ، وثانيها : أن يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا يؤثر في بدء الخصومة أو سيرها أو تعديلها أو إنهائها فإذا لم يكن كذلك لم يعتبر عملا إجرائيا ولو كان عملا قانونيا كقرار القاضي نظر الدعوى قبل دورها (نقض جنائي ١٩٤٠/١/٢٩ – م ق ج – ١٨٠ – ١١٥) ولو كان يرتب أثرا إجرائيا بطريق غير مباشر كالنزول عن الحق أو النزول عن الدعوى (والي في نظرية البطلان بند ٣٠) ، وثالثها / أن يكون جزءا من الخصومة التي يراد اعتباره عملا إجرائيا بالنسبة لها (قارن فتحي سرور في نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية) فلا يعد عملا إجرائيا متى تم خارج نطاق هذه الخصومة ولو كان يقصد تقدمه فيها كطلب إحدى الوثائق من إحدى الهيئات الإدارية لتقديمه في الخصومة إلا أنه لا يشترط أن يتم أمام مجلس القضاء فقبول الحكم يعتبر عملا إجرائيا رغم وقوعه خارج مجلس القضاء . (محمد كمال عبد العزيز)

ويكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء .

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء . (م٢٠ مرافعات)

فالبطلان في قانون المرافعات هو أحد الجزاءات الإجرائية ذات النطاق العام الذي يصيب العمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجية القانون ، فالبطلان هو وصف قانوني لعمل إجرائي ينقصه شرط من شروط صحته ، وبالتالي ينصب البطلان على ذات العمل الإجرائي . (عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق)

ويمر البطلان بمرحلتين أولاهما قيام سبب البطلان وثانيهما هى تقرير القضاء له ، ولا تترتب آثار البطلان إلا بعد صدور هذا القرار الذي قد يمتنع إذا ما قام سبب من أسباب تصحيح البطلان رقم قيام موجبه وواضح من نص الفقرة الأولى أن القانون الجديد يشترط لقيام موجب البطلان توافر شرطين :

أولهما : وقوع عيب في أحد العناصر الشكلية للعمل الإجرائي أى أن يعيب هذا العمل عيب شكلي ، ويكون ذلك بمخالفة العمل الإجرائي للنموذج الشكلي الذي حدده له القانون ، فإذا لم تقع مخالفة للشكل القانوني امتنع الحكم بالبطلان ولو لم تتحقق من هذا الشكل الغاية التي يستهدفها منه القانون بل ولو أدى الى إتباع هذا الشكل الى الإضرار بالخصم ، ويقع عبء إثبات تعيب الشكل على من يدعيه اتباعا للقاعدة السابق الإشارة إليها من أن الأصل في العمل الإجرائي أنه قد استوفى عناصره الشكلية ، على أن من يدعى تعيب العمل الإجرائي قد يفيده في إثبات ادعائه أن القانون يتطلب بيان إتباع الشكل في المحرر المثبت للعمل الإجرائي ، إذ يقوم إغفال هذا البيان دليلا على عدم إتباع الشكل المطلوب .

وثانيهما : أن يترتب على هذا العيب تخلف الغاية من العمل الإجرائي الذي لحقه العيب ، وفي هذا الصدد يتعين التفرقة بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ سنة ١٩٦٨ : كان مشروع الحكومة يورد في هذه المادة فقرة ثالثة تنص على أن " وفي جميع الأحوال يجب الحكم بالبطلان إذا كان متعلقا بالنظام العام ، وقد حذفتها اللجنة التشريعية بمجلس الأمة حتى يسري حكم الفقرتين الأولى والثانية ولو تعلق البطلان بالنظام العام ولذلك فقد استبعدنا من المذكرة الإيضاحية ما يتعلق بهذه الفقرة ، كما أن مشروع الحكومة كان يستبدل قي الفقرة الثانية عبارة (من الشكل أو البيان المطلوب) وعبارة (من الإجراء) وقد استبدلت اللجنة العبارة الأخيرة بالعبارة الأولى توحيدا للاصطلاحات بتقدير أن تحقق الغاية من الإجراء تقتضي تحقق الغاية من الشكل أو البيان ولذلك أبقينا المذكرة الإيضاحية على حالها في هذا الخصوص ، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع عن هذه المادة :

حرص المشروع على تنظيم بطلان الإجراءات تنظيما يتفق مع أهميته العلمية وهى أهمية فطنت إليها بعض التشريعات الأجنبية الحديثة كمجموعة المرافعات الإيطالية التي صدرت في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ولهذا خصص المشروع للبطلان خمس مواد من المادة ٢٠ الى المادة ٢٤ .

١- تتناول المادة ٢٠ تنظيم حالات البطلان بسبب العيوب الشكلية التي تصيب الإجراءات ، وقد رأى المشروع التفرقة بين حالة البطلان الذي يقرره القانون بعابرة صريحة منه وحالة عدم النص عليه فإذا نص القانون على وجبة إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه ، فإن الإجراء يكون باطلا ، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب باطلا ، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان ، على أن المشروع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة تحقيق غاية معينة في الخصومة ، فالقانون عند ما يتطلب شكلا معينا فإنما يرمى الى تحقيق غاية تحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقيق الغاية رغم تحلف هذا الشكل أو البيان ، فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ويقع على عاتق يحصل التمسك ضده بالبطلان عبء إثبات أن الشكل أو البيان رغم تخلفه قد حقق الغاية منه ، فإذا أثبت هذا فلا يحكم بالبطلان .

وبهذا عدل المشرع عما يفهم من القانون من القانون الحالي من أن البطلان المنصوص عليه إجباري يجب على القاضي الحكم به دائما ، وهو عدول يتجه به المشروع الى مسايرة التشريعات الحديثة التي بدأها المشرع في فرنسا بقانون ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ والمرسوم بقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ واشترط فيهما تحقق ضرر بالخصم للحكم بالبطلان رغم النص صراحة عليه ، وأيده المشرع الإيطالي سنة ١٩٤٠ بصورة أعم بنصه في المادة ١٥٦ من مجموعة المرافعات الإيطالية على ألا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا حقق الإجراء الغاية منه ، وهذا الاتجاه الحديث في التشريعات أيدته بعض أحكام القضاء للمصري وبعض الفقه في مصر ، وهو اتجاه يتسق في مصر مع الأخذ بمبدأ نسبية الحقوق الذي يعني أن الحق ليس غاية في ذاته إنما هو وسيلة لتحقيق غاية معينة ، ولهذا فإنه إذا نص القانون على البطلان وتحقق عيب في الإجراء فنشأ عنه حق لشخص في التمسك بالبطلان فإن هذا الحق إنما يقصد بإعطائه لصاحبه ضمان تحقيق الغاية من القاعدة المخالفة ، فإذا تمسك صاحب الحق بالبطلان رغم الغاية من الشكل أو البيان المطلوب ، فإنه يعتبر استعمالا غير مشروع للحق ، لأنه لا يتمسك به بقصد تحقيق الغاية التي أعطى الحق من أجلها إذ الغاية قد تحقق .

وربط شكل الإجراءات بالغاية منه يؤدي الى جعل الشكل أداة نافعة في الخصومة وليس مجرد قالب كالشكليات التي كان يعرفها القانون الروماني في عهد دعاوى القانون .

وإذا كان الاتجاه الذي غلبه المشروع يؤدي الى إعطاء سلطة كبيرة للقاضي ، فإن هذه السلطة يقيدها أن تحديد الغاية من الشكل مسألة قانون وليست مسألة واقعة يستقل فيها بالتقدير ، هذا فضلا عن أن القضاء في مصر قد أثبت دائما أنه أهل للثقة التي تمنح له ، ثم أن الأخذ بالمذهب الذي يلزم القاضي بالحكم بالبطلان لمجرد النص عليه دون أى تقدير يؤدي أحيانا الى الأضرار بالعدالة ، ذلك أن القاعدة القانونية قاعدة عامة بطبيعتها وعندما ينص القانون على البطلان في حالة معينة فإنه يراعى ما يحدث في الظروف العادية ، ولكن من الناحية العلمية ، إذا تحققت الغاية من الشكل في قضية معينة ، فإن البطلان يصبح لا ضرورة له ، بل ينتهي الى أن يكون سلاحا في يد سئ النية من الخصوم الذي يريد عرقلة الخصومة .

على أن المشروع لم ينشأ في تغليبه هذا الاتجاه أن ينحو الى المدى الذي ذهبت إليه بعض التشريعات كالمجموعة الإيطالية ، والتي تجعل من مجرد تحقق الغاية من الإجراء سببا لعدم الحكم بالبطلان ولو لم تحقق الغاية من الشكل أو البيان المطلوب بذلك أن هناك أشكالا للعمل أو بيانات في الورقة قد ترمى الى تحقق ضمانات معينة للخصومة لا تتصل اتصالا مباشرا بالغاية من الإجراء ، وإذا نص القانون على البطلان وتخلف الشكل أو البيان ولم تتحقق الغاية منه فيجب الحكم بالبطلان ولو تحقق الغاية من الإجراء .

ولم يقتصر المشروع على البطلان – شأنه شأن القانون الحالي – على حالات النص عليه ، فنص على أن الإجراء يكون باطلا إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء .

ويقصد المشروع بحالات عدم النص على البطلان ، عدم النص الصريح عليه فإذا نص القانون على أنه لا يجوز أو لا يجب " ، أو نص على أية عبارة ناهية أو نافية فإنه بهذا لم يصرح بالبطلان ولا يحكم به إلا إذا وجد عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء والأصل في حالة عدم النص على البطلان أن الإجراء لا يبطل إلا إذا أثبت المتمسك بالبطلات فضلا عن العيب الذي شاب الإجراء أن هذا العيب قد أدى إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء فعبء إثبات عدم تحقق الغاية يقع على عاتق المتمسك بالبطلان ولا يكفيه إثبات عدم تحقق الغاية من الشكل أو البيان ، وإنما يجب عليه إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء ، ذلك أن القانون مادام ينص على البطلان جزاء لشكل أو بيان معين فإنه يدل بهذا على عدم إرادته توافر هذا الشكل أو البيان إلا بالقدر اللازم لتحيق الغاية من العمل الإجرائي الذي يتضمنه وينظر القاضي إلى الغاية الموضوعية من الإجراء ، وإلى تحققها في كل قضية على حدة ، وهذا التحديد من المشروع هو الذي أخذت به مجموعة المرافعات الإيطالية للإجراءات الجوهرية في المادة ١٥٦ منها

ويتضح مما سبق أن المشروع قد اعتد في تنظيمه للبطلان تارة بالغاية من الإجراء وتارة بالغاية من الشكل أو البيان .

وكل عمل إجرائي باعتباره عملا قانونيا يجب أن تتوافر فيه شروط معينة منها ما يتعلق بالمحل أو بشخص القائم بالعمل ومنها ما يتعلق بشكل العمل .

وللشكل أهمية كبيرة في قانون المرافعات ، وإذا كانت القاعدة في القانون المدني هى مبدأ حرية الشكل فإن القاعدة في قانون المرافعات هى على العكس قانونية الشكل ، بمعنى أن جميع أوجه النشاط التي تتم في الخصومة يجب كقاعدة عامة أن تتم لا تبعا للوسيلة التي يختارها من يقوم بها بل تبعا للوسيلة التي يحددها القانون .

والشكل في العمل الإجرائي قد يكون عنصرا من عناصره وقد يكون ظرفا يجب - وجوده خارج العمل لكى ينتج العمل آثاره القانونية .

والشكل كعنصر للعمل يتضمن وجوب تمام العمل كتابة ووجوب أن تتضمن الورقة بيانات معينة .

والشكل كظرف للعمل قد يتصل بمكان العمل كوجوب تسليم الإعلان في موطن المعلن إليه أو وجوب أن يتم الحجز في مكان المنقولات المحجوزة كما قد يتصل بزمان العمل وبالزمن كشكل للعمل قد يكون زمنا مجردا بغير نظر الى واقعة سابقة أو لاحقة كوجوب أن يتم الإعلان بين السابعة صباحا والخامسة مساء .

وقد يكون الزمن هو يوما معينا كوجوب إجراء المرافعة في أول جلسة وقد يتحدد الزمن بميعاد أى بفترة بين لحظتين : لحظة البدء ولحظة الانتهاء ، وقد يكون ميعادا يجب أن ينقضي قبل المكان القيام بالعمل ، وقد يكون ميعادا يجب أن يتم العمل قبل بدئه وقد يكون ميعادا يجب أن يتم العمل خلاله وأخيرا يدخل في عنصر الزمن أيضا ما ينص عليه القانون من ترتيب زمن معين بين الأعمال الإجرائية .

ومما تقدم يبدو وضوح أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي حدده القانون .

وقد رأى المشروع كما سبق بيانه أنه إذا نص القانون صراحة على البطلان فإن معيار الحكم بالبطلان من عدمه يكون بالنظر الى الشكل أو البيان في الإجراء - والبيان ليس سوى شكل من أشكال العمل - فلا يكفي لعدم الحكم بالبطلان مجرد إثبات تحقق الغاية من الشكل وتطبيقا لذلك إذ ينص المشروع على أنه يجب أن تضتمن ورقة المحضرين عدة بيانات كل بيان يرمى الى تحقيق غاية معينة (مادة ٩ مشروع) وينص على البطلان صراحة جزاء لتخلف هذا البيانات (م ١٩) فإنه إذا أعلنت ورقة محضرين لم تشتمل مثلا على تاريخ اليوم والشهر والسن والساعة التي حصل فيها الإعلان واشتملن على البيانات الأخرى ووصل الإعلان الى المعلن إليه ، فلا ينظر الى الغرض من الإعلان وهو إيصال واقعة معينة الى علم المعلن إليه ، وإنما ينظر الى بيانات الورقة ، فإذا تبين أن التاريخ الذي حصل فيه الإعلان يؤدي وظيفة معينة في هذا النوع من الإعلان الذي حدث ، كما لو كان إعلانا يبدأ به ميعاد طعن ، فإن الإعلان يكون باطلا لعدم تحقق الغاية من بيان التاريخ أما إذا كان التاريخ ليس هذه الوظيفة في الإعلان الذي حدث كما لو كان إعلانا لا يجب تمامه في ميعاد معين ولا يبدأ به أى ميعاد ، فلا يحكم بالبطلان .

ومن ناحية أخرى إذا فرض ولم يشتمل الإعلان على بيان اسم المحضر فإنه لا يحكم بالبطلان إذا كان المحضر قد وقع على الإعلان ذلك أن الغرض من بيان المحضر هو التثبت من أن الإعلان قد تم على يد موظف مختص بإجرائه ويغني عنه إمضاء المحضر ، فإذا لم تشتمل الورقة على اسم المحضر ولا على إمضائه فإن الإعلان يكون باطلا ولو وصل الى المعلن إليه وتسلمه .

كذلك يعتبر البيان المتعلق باسم المعلن أو المعلن إليه ولقبه ومهنته أو وظيفته مستوفيا مهما حدث النقص فيه مادام تحقق الغرض منه وهو تعيين شخصية المعلن أو المعلن إليه .

وتجدر الإشارة الى أنه لا محل لإعمال نظرية البطلان المنصوص عليها في هذه المادة والمواد التي تليها حيث ينص المشرع على جزاء آخر كسقوط الإجراء أو اعتباره كأن لم يكن أو عدم قبوله الى غير ذلك من أنواع الجزاءات ، بل يتعين عند نص المشرع على جزاء آخر خلاف البطلان التزام أحكام هذا الجزاء دون خلط بينها وبين أحكام البطلان (راجع في التفرقة بين البطلان وبين عدم القبول والسقوط ، فتحي والي في نظرية البطلان بند ١ وأبو الوفا في المرافعات بند ٤١٣ ، وراجع في التفرقة بين البطلان واعتبار الخصومة كأن لم تكن أبو الوفا في المرافعات بند ٤٠٩ وفي نظرية الدفوع بند ١٧٨) . (محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق).

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ كان الدفع المبدي من الطاعن يعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمته المادة ٦٣ من قانون المرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها بغير هذا الطريق ، فإنه لا محل لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الإجراء ولو كان تعييبه راجعا لأمر متعلق بالنظام العام ، إذ عدم استيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاؤه عدم القبول وليس البطلان وتحقق الغاية من الإجراء - حسبما تنص على ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات - لا يكون إلا بصدد جزاء البطلان ولا يتعداه الى غير ذلك من الجزاءات . لما كان ما تقدم ، فإنه تتوافر للدفع مقومات قبوله وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفضه فإنه يكون قد خالف القانون" (١٩٧٩/٦/٢٠ طعن ١١٤٥ سنة ٤٨ق - م نقض م - ٣٠ العدد الثاني - ٧١٣ - ١٩٨٣/١٢/١٤ طعن ١٦٠٩ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٤ - ١٨١٦)

ونلاحظ من نص المادة ٢٠ أن المشرع أراد منعا من أى لبس ألا يقرر البطلان القانوني إلا بلفظه بحيث لم تعد العبارة الناهية أو النافية (لا يجوز مثلا) مؤدية في ذاتا لتقرير البطلان القانوني ، فالقاضي إذن لا يحكم بالبطلان على أساس أنه منصوص عليه في التشريع إلا إذا تقرر البطلان يلفظه أى يقول النص (وإلا كان الإجراء باطلا مثلا) ولا يعمل بهذه القاعدة المستحدثة إلا بالنسبة لقانون المرافعات الجديد والقوانين التالية عليه فقط . أما القوانين السابقة عليه والتي تعتمد على تقرير البطلان بعبارة ناهية أو نافية إعمالا للمادة ٢٥ من قانون المرافعات السابق - هذه القوانين يجب احترام حالات البطلان فيها ولو عبارة ناهية أو نافية .

وإذا نص القانون صراحة على البطلان وتمسك الخصم به وفقا للقانون ، فإن على المحكمة الحكم بالبطلان ما لم يتمسك خصمه بأنه على الرغم من حصول المخالفة الموجبة للحكم بالبطلان ، وعلى الرغم من عدم احترام ذات الشكل ، إلا أنه قد ثبت تحقق الغاية من الشكل - وعليه هو إثبات تحقق الغاية من الإجراء وفق الشكل المقرر في التشريع (راجع تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة عن المادة ٢٠)

وتجب التفرقة بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل ، فقد تتحقق الغاية من الإجراء ومع ذلك يكون الإجراء باطلا لعدم تحقق الغاية من الشكل .

فالإعلان على يد محضر يحقق الغرض منه ولو تم في عطلة رسمية ، وإنما هو عندئذ لا يحقق الغاية من الشكل ، والحكم ولو لم يسبب يحقق الغاية منه - وهى حسم النزاع بين الخصوم - بينما الغاية من الشكل المقرر في التشريع لا تتحقق وهو ضمان جدية الحكم . فالغاية من الشكل هى الضمان الأساسي الجوهري المقرر لمصلحة الموجه إليه الإجراء ، وهى ما يهدف المشرع الى تحقيقه في القانون الإجرائي ، بينما الغاية من الإجراء هى ما يهدف مباشر الإجراء الى تحقيقها ، وشتان بين الغرضين والهدفين ، لأن الغاية الأخيرة قد تتحقق بدون أى شكل أوب شكل معدوم ، بينما الغاية من شكل الإجراء لا تتحقق إلا بشكل صحيح وأن لم يكن هو ذات الشكل المطلوب . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

البطلان غير المنصوص عليه :

فإنه لا يكفي لمن يتمسك بقيان موجب البطلان أن يثبت تعيب شكل العمل الإجرائي بل عليه أن يثبت فوق ذلك توافر أمرين آخرين أولهما الغاية من العمل الإجرائي وثانيهما قيام رابطة سببية بين العيب الذي أثبت أنه شاب العمل وبين تخلف الغاية منه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه النص في المادة ٢٠ من قانون المرافعات على أنه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لن تتحقق بسببه الغاية من الإجراء - ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " يدل - وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية في خصوص هذه المادة - أن المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذي يقرره القانون بعبارة صحيحة منه وحالة عدم النص عليه ، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة لجزاء على عدم احترامه ، فإن الإجراء يكون باطلا - وليس على من تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقيق غاية معينة في الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا قائما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، فإن من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ومؤدى ذلك أن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل أداة نافعة في الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التي كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا إلى أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي يحدده القانون - وترتيبا على ما تقدم فإنه إذا أوجب القانون توافر الشكل أو بيان في الإجراء فإن مناط الحكم بالبطلان هو التفطن إلى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة " (١٩٨٠/٥/١٠ - م نقض م - ٣١ - ١٣٢٥) وبأنه " لئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة وكان لا يقضي بالبطلان ولو كان منصوصا عليه ، إذا أثبت المتمسك ضده فه ، تحقق الغاية عملا بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ مرافعات ، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذا الغاية ، مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها فإذا أجنحت عنها إلى غاية أخرى وانتهت في حكمها إلى ثبوت تحقق الغاية ، ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقق الغاية فإن حكمها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٨٣/٤/١٠ طعن ١٧٢٨ سنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٣ - ٩٢١) وبأنه " النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المرافعات مفاده أن المشرع قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة من توافر هذا الشكل أو البيان ، فإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف الشكل أو البيان فإنه من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان " (١٩٨٦/٢/٢٠ طعن ١١٨٤ لسنة ٥٢ق - م نقض م - ٣٧ الجزء الأول - ٢٤٦)

والمقصود هو الغاية الموضوعية المجردة ، أى التي قصد الشارع إلى تحقيقها فيتعين النظر إلى الغاية - في معرض قيام موجب البطلان - كوظيفة للشكل حسبما قصد القانون من تقريره دون نظر للغاية الشخصية التي قد يستهدفها القائم بالعمل .

والخلاصة أن القانون الجديد جعل العبرة في الحكم بالبطلان سواء كان منصوصا عليه أو غير منصوص عليه يتحقق الغاية من الشكل المعيب أو عدم تحققه والمقصود بالغاية هى الغاية الموضوعية أى الوظيفة الإجرائية التي قصد الشارع من تقرير الشكل توافرها .

ويقوم موجب البطلان بأن يثبت المتمسك بالبطلان المنصوص عليه أن عيبا لحق أحد أشكال العمل الإجرائي الذي قام به خصمه فتقوم لصالحه قرينة بسيطة على تخلف الغاية من الشكل المعيب أو أن يثبت التمسك بالبطلان غير المنصوص عليه أن عيبا قد لحق بأحد أشكال العمل الإجرائي الذي قام به خصمه وأنه مثل هذا العيب تترتب عليه في الخصومة المجردة - بغض النظر عن الواقعة المعروضة - تخلف الغاية من هذا الشكل ، ولكن من قام بالعمل الإجرائي يملك في الحالين تجنب الحكم بالبطلان بإثبات قيام سبب التصحيح وذلك بأن يثبت أنه رغم تعيب الشكل - سواء كان البطلان منصوص عليه - فقد تحققت في خصوص الواقعة المعروضة الغاية الموضوعية التي يستهدفها الشارع من تقرير ذلك الشكل .

يتضح من ذلك عدم دقة إطلاق القول بأن كل الفارق بين البطلان المنصوص عليه والبطلان غير المنصوص عليه يتحدد في عبء إثبات تخلف أو تحقق الغاية ، والصحيح أن الفارق يتحدد في مدى هذا العبء إذ أن كل ما على من يتمسك بالبطلان غير المنصوص ع ليه زيادة على حالة البطلان المنصوص عليه ، أن يثبت أن الغاية لا يتحقق في الخصومة المجردة بسبب ما أثبته من تعيب الشكل .

الغش والبطلان الإجرائي :

من المبادئ الأساسية في القانون الطبيعي أن (الغش يفسد كل شيء) وهى تتمشى مع مبادئ العدالة لأنها تقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية ، وتحارب الخديعة والاحتيال على القانون والانحراف عنه ويعمل بها في جميع فروع القانون صيانة لمصالح الأشخاص في المجتمع ، ويعمل بها بصدد جميع التصرفات القانونية والإجراءات بغير نص ، وذلك استنادا إلى المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وإذا وجد نص تشريعي في القانون المدني أو قانون المرافعات يوجب أعمال جزاء معين عند الغش وجب إعماله ، فمثلا الادعاء بغش القاضي يوجب إقامة الدعوى بمخاصمته (م ٤٩٤) والادعاء ببناء الحكم على الغش يوجب بشروط معينة عند إقامة الطعن عليه بالتماس إعادة النظر (م ٢٤١) والغش عند اختيار خصوم الدعوى أو الطعن يوجب على المحكمة من تلقاء نفسها تصحيح شكلها (م ١٦٨ ، ٢١٨) والكيد عند الإدلاء بالطلبات والدفوع يوجب الحكم بالتعويضات (م ١٨٨) وتقرير غير الحقيقة من جانب المحجوز لديه يجيز الحكم عليه بدين الحاجز عملا بالمادة ٣٤٣ .

وإذا كان قانون المرافعات قد أوجب في الإجراءات مواعيد وبيانات وأوضاع وأشكال معينة ، وذلك ضمانا لما تحققه هذه الإجراءات من مصالح قانونية ، وإذا كان قانون المرافعات قد رتب البطلان جزاء عدم تحقق الغاية من الشكل الذي يتطلبه في الإجراء جزاء النقص يعتريه أو الخطأ الذي يصيبه ، فمن باب أولى يترتب هذا البطلان إذا تعمد الخصم حرمان خصمه من تلك الضمانات .

وبعابرة أخرى ، إذا كان الغش - كقاعدة عامة - هو تغيير الحقيقة بأية وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون ، فإن هذا الغش ، وعلى هذا المعنى ، يؤدي إلى بطلان الإعلانات والإجراءات على وجه العموم إذا شابها وإذا لم يتحقق في هذه الإجراءات - بسب الغش - ما قصد القانون إلى حمايته بما أوجبه وحصلت فيه المخالفة .

ولهذه القاعدة الأساسية شعاب ، منا عدم الاعتداد بالديانة الجديدة التي يعتنقها الخصم بعد إقامة الدعوى إلى القضاء لمجرد الاحتيال على القانون ولمجرد التحلل مما تفرضه عليه ديانته أو مذهبه ..... الخ ، ومنها بطلان الإعلان إذا تسلمه من تتعارض مصلحته مع المراد إعلانه ، ومنها بطلان تقرير الخبير إذا تعمد وصف وقياس محل النزاع بغير ما يتصف به تحقيقا لمصلحة خاصة أو لزيادة الأجرة القانونية أو لانتقاصها عن عمد ..... الخ ، ومنها انعدام إعلان صحيفة الدعوى إذا أعلن بها المدعى عليه في موطن وهمي له غشاء ، وبالتالي انعدام الحكم الصادر فيها ، ومنها الحكم بالتعويض إذا قصد من الإشكال الوقتي أو الموضوعي مجرد عرقلة إجراءات التنفيذ .

التمسك بالبطلان :

الأصل أن البطلان لا يقع بقوة القانون وإنما يجب أن تقضي به المحكمة بناء على طلب صاحب الشأن فيه . فالإجراء المعيب يبقى قائما منتجا كل آثاره الى أن يحكم ببطلانه .

ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه . (م٢١ من القانون الجديد)

وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " أما المادة ٢١ فتتناول بيان قاعدة مستقرة في الفقه والقضاء مؤداها أن البطلان لا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته ولا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ، ويستوي أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه ، كما يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان الى الخصم أو من يعمل باسمه ، ومن ناحية أخرى فإنه لا يقصد بعبارة (من تسبب) أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي أو الوحيد أو السبب العادي لوجود العيب في الإجراء ، كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر ، وقد حرصت المادة ذاتها على استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام ، إذ أن هذا البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته ، ويجوز التمسك به حتى من الخصم الذي تسبب فيه رعاية للمصلحة العامة التي تعلو أى اعتبار آخر " .

ويلاحظ بالنسبة الى البطلان المتعلق بالنظام العام التفرقة بين حكم هذه المادة وحكم الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠ التي تمنع عند تحقق الغاية الحكم بالبطلان ولو كان متعلقا بالنظام العام إذ في هذه الحالة الأخيرة يكون تحقق الغاية دليلا على عدم المساس بالنظام العام ، وبمعنى آخر فإن إعمال المادة ٢١ يفترض قيام موجب البطلان وعدم تحقق الغاية لأنه إذا تحققت الغاية امتنع الحكم بالبطلان سواء كان متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به .

ونجد أن التمسك بالبطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام المقرر لحماية المصلحة الخاصة تحكمه قاعدتان أساسيتان : أولاهما : أن الحق في التمسك بالبطلان يقتصر على من شرع البطلان لمصلحته فلا يكون لغيره ولا للنيابة العامة التمسك به كما لا يكون للقاضي إثارته من تلقاء نفه وهو ما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغي (١٩٦٧/١/٥ – م نقض م – ١٨ – ٩٢ – ١٩٦٧/٥/٢٥ – م نقض م – ١٨ – ١١٠٢ – ١٩٥٦/٥/٣١ – م نقض م – ٧ – ٦٢٢) وتطبيقا لذلك فإنه لا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة إذ أن إفادتهم من هذا البطلان مرهونة بثبوته بالطريق القانوني وهو ما يستلزم أن يتمسك به من تعيب إعلانه وأن تقضي به المحكمة

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد المادة ١/٢١ من قانون المرافعات أن الحق في التمسك بالبطلان إعلان أوراق المحضرين يقتصر على من شرع البطلان لمصلحته فلا يكون لغيره التمسك به ولا يجوز لمن صح إعلانهم من الخصوم التمسك ببطلان إعلان غيرهم إلا أنه إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فإن لمن صح إعلانهم من الخصوم الإفادة من هذا البطلان إذا تمسك به من تعيب إعلانه وقضت به المحكمة" (١٩٨١/٥/١٦ طعن ١٠٩٤/٦٣٨٠ سنة ٤٧ق – م نقض م – ٣٣ – ١٩٨١/١١/١٥ طعن ٥١٤ سنة ٤٦ق الخمسين عاما المجلد الثاني – ١٥٨٦ – ٢٥٩ – ١٩٨٢/٢/١٦ طعن ٦ سنة ٥١ق – ١٩٨٤/٢/١٥ طعن ٣٥٣ سنة ٥٠ق – ١٩٨٥/٣/٢٧ طعن ٩٧٢ سنة ٥١ق – ١٩٨٥/٢/٢٨ طعن ٨٨٦ سنة ٥١ق – ١٩٨٥/٢/٢٦ طعن ٢٦٤ سنة ٥٩ق)

وبأنه لا يجوز للخصم التمسك بالبطلان لعدم إعلان غيره بتعجيل الدعوى أو بإيداع تقرير الخبير (١٩٨٥/١٢/٥ طعن ٣٠٠ سنة ٥٢ق - ١٩٨٤/٥/١٥ طعن ٣٩٣ سنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٥ - ١٣١٠) أو بالبطلان المترتب على قرار المحكمة التصريح بمذكرات ومستندات قبل إعادة إعلان غيره (١٩٨٩/١/١٥ طعن ٢١٣٤ سنة ٥٢ق) أو ببطلان إعلان غيره بأوراق التكليف بالحضور (١٩٨٢/٢/١٦ طعن سنة ٥١ق) ومنا إنذار إبداء الرغبة في الشفعة (١٩٨٤/٢/٨ طعن ٤٩١ سنة ٤٧ق) أو بالبطلان المترتب على عدم إعلان غيره بقرار إعادة الدعوى للمرافعة إذ مادامت الخصومة قد انعقدت صحيحة فإن البطلان بسبب الإجراءات اللاحقة بطلان نسبي (١٩٧٧/١/١٢ طعن ٤٠٣ لسنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٨ - ٢٢٤) أو ببطلان إعلان غيره بصحيفة الاستئناف لإجرائه في غير موطنه (١٩٦٧/١/٥ - م نقض م - ١٨ - ٩٢) أو بالبطلان المترتب على عدم إعلان غيره بحكم التحقيق (١٩٦٧/١/٥ - م نقض م - ١٨ - ٩٢)

وتمسك صاحب الشأن بالبطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام يخضع لحكم المادة ١٠٨ مرافعات فيجب التمسك به قبل التعرض للموضوع أو إبداء الدفع بما لم يتمسك له فيها مع قيام سبب وإذا تعددت أوجه الدفع الواجب وجب التمسك بها كلها معا وإلا سقط الحق في التمسك بالوجه الذي أغفل التمسك به ، كما يسقط الحق في الدفع أو الوجه الذي يغفل التمسك به في صحيفة الطعن ، ولازم ذلك أن المحكمة لا تملك التعرض للبطلان من تلقاء نفسها ، كما أنها لا تملك التعرض لغير الدفع أو الوجه الذي تمسك به صاحب الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز القضاء ببطلان الإعلان النسبي لغير الود الذي تمسك به صاحب الشأن فإذا كان قد اقتصر في النعى على الإعلان بالبطلان على عدم صحة البيان الخاص بإخطاره بتسليم الصورة إلى جهة الإدارة ، فلا يجوز القضاء ببطلان الإعلان استنادا إلى إغفال المحضر إثبات الخطوات التي سبقت تسليم الصورة إلى جهة الإدارة " (١٩٧٨/٥/٩ - م نقض م - ٢٩ - ١١٩٧)

ومن جهة أخرى فإنه إذا كان الأصل في الإجراءات الصحيحة فإنه إذا لم يتمسك صاحب الشأن بالبطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام أو سقط حقه في التمسك به فإن الإجراء يعتبر قائما صحيحا منتجا لآثاره.

وقد قضت محكمة النقض بأنه البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان بطلان نسبي لا يعدم الحكم بل يظل قائما موجودا وإن كان مشوبا بالبطلان فينتج آثاره ما لم يقض ببطلانه بالطعن عليه بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا فإن مضت مواعيد الطعن أو كان غير قابل لهذا الطعن فقد أضحى بمنحى من الإلغاء حائزا لقوة الشيء المقضي دالا بذاته على صحة إجراءاته " (١٩٧٠/٤/٢٣ -م نقض م - ٢١ - ٦٨٩ - ١٩٧٧/٤/٥ طعن ١١٩ لسنة ٤٣ق - م نقض م - ٢٨ - ٩٠٩) ولا يجوز التمسك بالبطلان لأول مرة أمام محكمة النقض (١٩٧١/١٢/٢٥ - م نقض م - ٢٢ - ٢٣٤) ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (١٩٧٧/٤/٥ - م نقض م - ١٨ - ٩٠٩ - ١٩٧٧/٣/١٦)

وثانيهما : أنه ليس لمن كان سببا في بطلان العمل الإجرائي أن يتمسك ببطلانه سواء كان هو الذي تسبب فيه بنفسه أو كان الذي تسبب فيه شخص يعمل باسمه كالمحامي أو المحضر أو النائب القانوني أو النائب العام الاتفاقي ، وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أنه لا يشترط لذلك أن يقع من الشخص غش أو خطأ أو أن يكون فعله هو السبب الرئيسي أو الوحيد أو العادي أو المباشر وإنما يكفي أن تقوم بين عمله وبين العيب الذي لحق الإجراء رابطة سببية وهى تقوم إذا كان العمل لازما لوجود العيب فتتوافر من ثم الرابطة ولو كان فعله هو الذي أدى إلى وقوع الخصم في خطأ أدى إلى بطلان إجراء قام به هذا الأخير ، وقد قضى تطبيقا لذلك بأن الخصم الذي يتسبب في تأجيل إجراء التحقيق لا يجوز له أن يتمسك بعدم جواز إجرائه لفوات ميعاده .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ١٢٨ مرافعات بعد أن أجازت وقف الدعوى باتفاق الطرفين أوجبت في فقرتها الثانية تعجليها في ثمانية الأيام التالية لنهاية أجل الإيقاف وإلا اعتبر المدعى تاركا لدعواه والمستأنف تاركا لاستئنافه ، وكانت المادة ١٢ من ذات القانون قد نصت في فقرتها الثانية على أنه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه وتسلم الصورة عند الاقتضاء إلى جهة الإدارة ، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة كانت قد اتخذت موطنا لها بمدينة القاهرة منذ بدء الخصومة إلا أنها قامت بتغييره أثناء فترة الوقف ولم تخطر المطعون ضده الأول بهذا التغيير فقام بتوجيه إعلان تعجيل الاستئناف إليها في موطنها المعروف له في ميعاد ثمانية الأيام التالية لنهاية أجل الوقف وإذ جاءت الإجابة بانتقالها إلى الإسماعيلية وجه إليها إعلانا آخر بتلك المدينة فجاءت الإجابة بعدم الاستدلال عليها ، فقام بإعلانها أخيرا في موطنها الذي انتقلت إليه ببور سعيد وكان ميعاد التعجيل قد انقضى . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطئه أو إهماله وكانت المادة ٢/٢١ من قانون المرافعات لا تجيز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه إلا إذا تعلق بالنظام العام وكان لا يشترط لإعمال هذه القاعدة أن يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي أو السبب الوحيد أو السبب العادية لوجود العيب في الإجراء كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر ، وكانت الطاعنة قد خالفت القانون بعدم إخطارها المطعون ضده الأول بتغيير موطنها أثناء فترة الوقف مما أدى إلى تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف من الإيقاف في الميعاد المقرر في القانون فلا يكون لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركا لاستئنافه إذ لا يجوز لها أن تفيد من خطئها الذي تسببت فيه فيما شاب إجراء التعجيل من عيب (١٩٨٣/١٢/٥ طعن ١٢٨٩ سنة ٤٩ق) وبأنه " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢١ من قانون المرافعات – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن البطلان لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ، ويستوي أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كما أنه لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ ، بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان إلى الخصم أو من يعمل باسمه " (١٩٨٠/٥/٣١ – م نقض م – ٣١ – ١٦١٩)

ولا يسري هذا الحكم على الإجراء المعدوم أو الباطل بطلانا متعلقا بالنظام العام فيجوز التمسك به لكل ذي شأن ولو كان من تسبب فيه :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " عدم جواز التمسك ببطلان الإجراء من الخصم الذي تسبب فيه وفقا لنص المادة ٢١ من قانون المرافعات قاصرا على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام أما إذا كان بطلان الإجراء متعلقا بالنظام العام أو كان الإجراء معدوما فإنه لا يرتب أثر ويجوز لهذا الخصم التمسك بانعدام آثاره في جميع الأحوال ولما كان إعلان صحيفة افتتاح الدعوى الحالية قد وجه إلى إدارة قضايا الحكومة وهى لا تنوب عن الشركة الطاعنة فإن هذا الإعلان يعتبر معدوما ويكون الحكم الصادر بناء عليه معدوما هو الآخر " (١٩٧٨/٤/٢٤ – م نقض م – ٢٩ – ١٠٨٨)

وبالنسبة للتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام فيجوز للنيابة التمسك به سواء كانت طرفا أصليا أو منضما كما يجوز ذلك لكل ذي مصلحة حتى ولو كان هو الذي قام بالعمل الباطل كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

ونختلف طرق التمسك بالبطلان باختلاف الإجراء المعيب . فإذا كان الإجراء المعيب من إجراءات الخصومة فإن التمسك ببطلانه يحصل بإبداء دفع شكلي مع مراعاة أن حضور الخصم يزيل بطلان صحيفة الدعوى أو ورقة التكليف بالحضور وفقا للمادة ١١٤ ، ويسقط صراحة في التمسك بالبطلان ويزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا (م٢٢) أو إذا رد على الإجراء بما يدل على أنه اعتباره صحيحا أو قام بعمل أو إجراء آخر باعتباره كذلك ، كان يناقش أحد الخصوم ما جاء بتقرير الخبير فيعتبر هذا ردا على ما جاء في التقرير ويفيد بأن الخصم قد اعتبره صحيحا مما يترتب عليه زوال البطلان الذي يشوب عمل الخبير هذا إذا كان البطلان ناشئا عن مخالفة القواعد المقررة لصالح الخصوم خاصة ، أما إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام فإنه يجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ويجوز للنيابة أن تتمسك به إذا كانت طرفا منضما في الخصومة .

وإذا كان البطلان واردا على حكم من الأحكام ، فإن التمسك ببطلانه يحصل عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في القانون ، فإذا انقضى ميعاد الطعن زالت عن الحكم (وعن الإجراءات السابقة عليه) كل الشوائب التي تعيبه .

وتجب التفرقة بين الأحكام الباطلة **nuls** والأحكام المعدومة **inexistants** فالأخير لا يلزم الطعن فيها بل ولا يلزم رفع دعوى بطلب بطلانها ويكفي إنكارها والتمسك بعدم وجودها ، على أنه من الجائز إقامة دعوى أصلية بطلب بطلانها ، ومن أمثلة هذه الأحكام الحكم الذي لا يوقع عليه رئيس الهيئة التي أصدرته ولا كاتبها والحكم الصادر من هيئة مكونة من قاضيين بدلا من ثلاثة قضاة ، والحكم الصادر في دعوى أقيمت على متوفى .

زوال البطـــلان :

يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام (م٢٣ مرافعات) .

فيلاحظ أن المادة ٢٢ مرافعات قد حددت زوال البطلان بالنزول عن البطلان فتقرر جواز النزول عنه صراحة أو ضمنا باستثناء ما تعلق بالنظام العام .

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أنه " وتقنن المادة ٢٢ من المشروع النزول عن البطلان فتقرر جواز النزول عنه صراحة أو ضمنا باستثناء ما تعلق بالنظام العام وهو نص يفضل في صياغته نص المادة ٢٦ من قانون المرافعات الحالي الذي آثار خلافا في الفقه بشأن تغيير عبارته.

ويكون النزول الصريح بإعلان الخصم إرادته النزول عن حقه في التمسك بالبطلان سواء أكان بإرادته المنفردة أو نتيجة اتفاق بينه وبين خصمه مادام الاتفاق حاصلا بعد قيام سبب البطلان أما الاتفاق مقدما على النزول عن البطلان فيميل الرأى الغالب إلى أجازته إذا كان محددا ببطلان عمل معين ولسبب معين ، أما إذا كان الاتفاق عاما غير محدد بطلان عمل معين أو غير محدد بسبب معين فلا يجوز لأن الخصم ينزل عن البطلان صراحة يكون ضمنيا والنزول الضمني هو المستفاد من سلوك الخصم سلوكا يدل على إرادته النزول عن التمسك بالبطلان كالنزول عن التمسك ببطلان التنفيذ على العقار في يد حائزه الناشئ عن عدم إنذار الحائز المستفاد من تدخل الحائز وطلبه التأجيل لسداد الدين ومن صور النزول الضمني عن التمسك بالبطلان التعرض للموضوع أو إبداء دفع بعدم القبول قبل التمسك بالبطلان .

ومتى تم النزول عن البطلان صراحة أو ضمنا فإنه يقع باتا فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثاره (١٩٧٧/٣/١٦ - م نقض م - ٢٨ - ٦٩٧ - ١٩٧٢/٤/٢٥ - م نقض م - ١٣ - ٧٦٨ - ١٩٧٨/١٢/٦ - م نقض م - ٢٩ - ١٨٥٠).

تصحيح الإجراء الباطل :

يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء ، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه . (م ٢٣ مرافعات)

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " تتناول المادة ٢٣ الحكم الخاص بتصحيح الإجراء الباطل وهو ما نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ من أن التصحيح لا ينتج أثره إلا من تاريخ حصوله ولا يرجع إلى تاريخ القيام بالإجراء الذي لحقه التصحيح " .

فقد ورد بالمذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ الذي استحدث حكم المادة ٢٣ ومن تطبيقاتها أن يحضر الوصى في الجلسة المحددة لنظر الدعوى المرفوعة من القاصر أو المرفوعة عليه فيصحح حضوره إجراءات الدعوى وأن يحضر باقي مديري الشركة في الدعوى المرفوعة من أحدهم إذا كان تمثيلها قانونا لا يتم إلا بهم مجتمعين ، وكذلك إذا كانت صحيفة الاستئناف غفلا من توقيع محام مقبول في الاستئناف فإنه يجوز استيفاء التوقيع في الجلسة متى كان ذلك في خلال ميعاد الاستئناف ، ذلك لأن توقيع المحامي على الصحيفة يعد وحده وفي ذاته الدليل على صياغتها بواسطته فيستوي أن يكون التوقيع عليها قد تم وقت كتابتها أو في الجلسة .

والمقصود بالتصحيح المنصوص عليه في المادة ٢٣ مرافعات هو تصحيح البطلان بتكملة الإجراء المعيب ولو بعد التمسك بالبطلان ويفرق نص المادة بين حالتين الأولى إذا كان للإجراء ميعاد معين وجب أن يحصل التصحيح بالتكملة في الميعاد فصحيفة الاستئناف يجب توقيعها من محام مقبول أمام المحكمة المرفوع إليها الاستئناف إنما يجوز تصحيح البطلان الناشئ عن مخالفة هذا الإجراء بتوقيع الصحيفة من محام مقرر في جلسة المرافعة بشرط أن يتم ذلك في ميعاد الاستئناف والثانية ألا يكون للإجراء ميعاد مقرر وهنا تحدد المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه كما إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه بطلان إعلان بالصحيفة أجلت القضية إلى جلسة تالية يعاد إعلانه لها إعلانا صحيحا (م٥٨ مرافعات)

ومن المقرر أنه لا يمنع من التصحيح المشار إليه في تلك المادة أن يكون الخصم قد تمسك بالبطلان إلا أن الإجراء لا ينتج أثره إلا من تاريخ تصحيحه كذلك لا يمنع من التصحيح أن يكون الإجراء متعلقا بالنظام العام مادام الميعاد الذي حدده القانون لإتمام الإجراء مازال قائما كما في حالة رفع الاستئناف بدون التوقيع على صحيفته من محام مقبول أمام المحكمة الاستئنافية فيجوز تصحيح البطلان بتوقيع المحامي إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينته بعد .

ويلاحظ أن قيام الخصم بتحديد الإجراء ظنا منه أن عيبا قد لحقه لا يمنع الحكم من اعتبار الإجراء الأول صحيح وينتج أثره من تاريخ اتخاذه متى رأت المحكمة خلوه من العيوب .

وإذا كان الأصل أن الذي يقوم بتصحيح الإجراء من قام به إلا أنه قد يتم تصحيح الإجراء فيزول عيبه بعلم أو إجراء يقوم به من وجه إليه كما إذا رفعت الدفع على قاصر وحضر وصية وقام بموالاة إجراءاتها غير أن هذا النص لا يسري على الحالات التي ينص فيها القانون على اعتبار الإجراء كأن لم يكن أو على سقوطه بقوة القانون كحالة سقوط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن بسبب فوات ميعاد معين إذ يقع البطلان بقوة القانون ولا يجدى تصحيحه وقد يرد التصحيح على دعوى غير مقبولة وليس على دعوى صحيفتها باطلة فحسب ، كما إذا حضر باقي مديري شركة في دعوى مرفوعة من أحدهم إذا كان تمثيلها قانونا لا يتم إلا بهم مجتمعين ومن أمثلة التصحيح بالتكملة أن يقوم المدعى بإعادة إعلان صحيفة الدعوى مستوفية لما أغفله من بيانات عند إجراء الإعلان الأول وإذا تم التصحيح باطلا وأمرت المحكمة مرة ثانية بالتصحيح فإنه ينصب على الإجراء الأخير ويعد تصحيحا أل إذا كان البطلان لسبب غير السبب الذي رتب البطلان الأول .

ويستوي أن يكون العيب موضوعيا كعيب الأهلية أو التمثيل القانوني أو عيبا شكلا كبعض بيانات الصحيفة كما يستوي أن يكون البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة أو النظام العام ويتعين أن يتم التصحيح في ذات مرحلة التقاضي الذي اتخذ فيها الإجراء موضوع التصحيح .

ولا يشترط في التجديد تقرير بطلان العمل الأول أو حتى ثبوت عيبه كما يلزم إذن القاضي للقيام به ولا يعني التجديد أو يستلزم إلغاء العمل الأول أو سحب من أجراه له إذ أنه لا يملك ذلك لأن القانون الخاص لا يعرف نظام السحب الذي يعرفه القانون الإداري ومن ثم يجوز إجراء التجديد على سبيل الاحتياط وتملك المحكمة رغم القيام به أن تعتد بالعمل الإجرائي الأول متى رأت خلوه من العيوب .

والشرط الوحيد للقيام بالتجديد أن يكون ممكنا أى ألا يكون مستحيلا والاستحالة قد تكون مادية كأن تهلك الأشياء موضوع عمل الخبير بعد بطلان تقريره كما قد تكون الاستحالة قانونية كانقضاء الميعاد المحدد لمباشرة الإجراء (١٩٧١/١٢/٨ - م نقض م - ٢٢ - ١٠٠٥ - ١٩٧٢/٧/١٢ - م نقض م - ٢٣ - ١١٧٥) فتصحيح المدعى الدعوى في حال صاحب الصفة الحقيقي فيها لا يكون له أثر إلا إذا تم خلال الميعاد المحدد لرفع الدعوى (١٩٨٠/٢/١٢ طعن ٣٥٢ سنة ٤٦ق - م نقض م - ٣١ - ٤٨١)

ويلزم في الإجراء الجديد أن يكون صحيحا لأن الإجراء الباطل لا يصححه إجراء باطل ولو اختلف سبب البطلان :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تصحيح الإجراء الباطل يجب أن يتم في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها هذا الإجراء فالبطلان الناشئ عن عدم توقيع محام على صحيفة افتتاح الدعوى ، ينبغي أن يتم تصحيحه أمام محكمة الدرجة الأولى وقبل صدور حكمها الفاصل في النزاع إذا بصدور هذا الحكم يخرج النزاع من ولاية المحكمة ويمتنع إجراء التصحيح ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن توقيع المحامي على صحيفة افتتاح الدعوى أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف من شأنه تصحيح البطلان العالق بهذه الصحيفة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٦٧/٢/٢ - م نقض م - ٢٧ - ٣٥٦).

تجــزئــة البطـــلان :

إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره .

وإذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه (م٢٤ مرافعات)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " أما المادة ٢٤ فتكلم عن آثار البطلان وهى تشتمل على ثلاث فقرات تحتوي كل منها على قاعدة مستقلة ، الفقرة الأولى : تنظيم ما يعرف بتحول العمل الباطل فإذا كان الإجراء باطلا وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يتحول إلى هذا الإجراء الآخر وتنظم الفقرة الثانية انتقاص العمل الباطل فإذا كان شق من الإجراء غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعيب الآخر أما الفقرة الثالثة فهى التي تتناول أثر بطلان الإجراء على الإجراءات السابقة والتالية له فلا ينحسب هذا الأثر على الإجراءات المترتبة على الإجراء الباطل ويلاحظ أن عبارة (مبينة عليه) لا تعني مجرد الارتباط المنطقي بل يجب وجود ارتباط قانوني بين العملين بحيث يعتبر العمل السابق الذي يظل شرطا لصحة اللاحق عليه " .

والانتقاص طبقا للقانون الجديد لا يرد إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعييب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي كله (١٩٥٥/٥/٢٨ – م نقض م – ٦ – ١١٧٨ – فتحي والي بند ٣٧٣ – سيف بند ٥٩٧ – نصر الدين كامل وعبد العزيز يوسف في المدونة الجزء الثاني بندى ٨٧٠ ، ٩٥٥ وقارن أبو الوفا في المدونة بند ٩٥٥ ونظرية الدفوع بند ١٥٧)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون المرافعات على أنه إذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل فهى تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان شق من الإجراء غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعييب الآخر ولا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعييب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدي إلى البطلان العمل الإجرائي كله " (١٩٧٧/٥/١٧ طعن ٦٩٨ سنة ٤٢ق – م نقض م – ٢٨ – ١٢٣٠ – ٢٨ – ١٢٣٠ – ١٩٧٢/٥/٢٨ –م نقض م – ٦ – ١١٧٨)

ويلاحظ أن نص القانون الجديد لم يورد ما يتضمنه نص المادة ١٤٣ من التقنين المدني من عدم جواز الانتقاص إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل فيتعين بطلان العمل كله ولو كان قابلا للانقسام ، ومن ثم محل لإعمال هذا القيد بالنسبة إلى الأعمال الإجرائية ، ذلك أن هذا القيد يرجع بالنسبة إلى التصرفات القانونية إلى أن الإرادة تستقل بتحديد آثارها ، ويكون الانتقاص في شأنها إعمالا للإدارة المفترضة للمتعاقدين برضائهما الاقتصار على آثار الأجزاء الصحيحة ومن ثم ينتفي مبرر الانتقاص متى ثبت عكس هذه الإرادة المفترضة بثبوت أن الشق المعيب كان هو الدافع الى التعاقد كله وواضح أنه لا محل لكل ذلك بالنسبة الى الأعمال الإجرائية التي يستقل القانون بتحديد آثارها .

ومن المقرر أن العمل الإجرائي يظل صحيحا منتجا آثاره حتى يتقرر بطلانه بحكم القضاء سواء كان البطلان متعلقا بالنظام العام أو كان غير متعلق به ، وسواء كان البطلان منصوصا عليه صراحة أو غير منصوص عليه ، وسواء كان العيب الذي شابه ذاتيا أى وارد على العمل الإجرائي ذاته أو مستمدا من بطلان عمل آخر ، كذلك فإن العمل الإجرائي الذي يتقرر بطلانه لا ينتج أى أثر فلا تقطع صحيفة الدعوى التقادم ولا يفتتح إعلان الحكم ميعاد الطعن وهى قاعدة مطلقة بالنسبة الى الآثار التي ينتجها العمل لصالح من قام به ، إلا أن هذا العمل الذي تقرر بطلانه قد ينتج مع ذلك بعض الآثار ضد من قام بالعمل فالطاعن الذي لا يتمسك في صحيفة الطعن ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه يسقط حقه في التمسك بهذا الدفع ولو قضى بعد ذلك ببطلان صحيفة طعنه .

ومن المقرر وفقا لصريح نص الفقرة الأخيرة أن بطلان العمل الإجرائي لا أثر له على الأعمال السابقة عليه متى تمت صحيحة في ذاتها ومؤدى ذلك أن بطلان إعلان الحكم لا يؤثر على صحة الحكم غير أن الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه بطلان إعلان الإجراءات اللاحقة عليها باعتبارها مبنية عليها بما فيها الحكم الصادر في الدعوى . كما أن بطلان صحيفة الطعن يترتب بطلان الحكم الصادر فيه غير أن بطلان الحكم لا يرتب بطلان الإجراءات السابقة عليه كما أنه لا يؤثر بطلان الإجراء في الإجراءات التالية له إذا كان لها كيان مستقل بذاتها ولم تكن معتمدة عليه

ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه طبقا لما تنص عليه المادة ٢/٢١ مرافعات .

وإذا كان العمل اللاحق مستقلا عن العمل السابق الذي تقرر بطلانه فلا تأثير عليه من هذا البطلان فترك الخصومة من المدعى والحكم الصادر بتقرير هذا الترك صحيحين ولو كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة.

ويشترط في الأعمال اللاحقة التي تؤثر في العمل السابق وجود ارتباط يجعل العمل السابق شرطا لصحة العمل اللاحق ولا يكفي مجرد الارتباط المنطقي بين العملين وإنما يلزم الارتباط القانوني بينهما وعلى ذلك فإن بطلان الحكم الابتدائي يؤدي الى بطلان الحكم الاستئنافي الذي قضى بتأييده .

ونجد المادة ٢٥ مرافعات تشترط توقيع الكاتب على محضر الجلسة وإلا كان العمل باطلا ، فتنص على أنه يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلا .

العبرة في إثبات إجراءات نظر الدعوى بما هو ثابت بمدونات الحكم مكملا بما ورد في محضر الجلسات:

وقد قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أن العبرة في خصوص إثبات إجراءات نظر الدعوى بما هو ثابت منها بمدونات الحكم ومحاضر الجلسات " (١٩٨٥/٢/٥ طعن ٢٠٣٦ لسنة ٥٠ق – م نقض م – ٣٦ – ٢١٠)

لا تكتمل صفة الرسمية لمحضر الجلسة ألا بتوقيع القاضي ، فيبطل الحكم إذا صدر استنادا الى محضر لم يوقع من القاضي :

وقد قضت محكمة النقض بأنه النص في المادة ٩٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وفي المادة ٢٥ من قانون المرافعات يدل على أن المشرع أوجب أن يكون محضر التحقيق الذي يباشر من القاضي موقعا منه وإلا كان باطلا ، لأن هذا المحضر باعتباره وثيقة رسمية لا يعدو أن يكون من محاضر جلسات المحكمة وهو بهذه المثابة لا تكتمل له صفته الرسمية إلا بتوقيع القاضي ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر استنادا الى محضر تحقيق لم يوقع من القاضي الذي باشره يكون مبنيا على إجراء باطل وهو بطلان من النظام العام ويجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بل أن لهذه المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها . لما كان ذلك

وكان البين من الإطلاع على ملف الاستئناف رقم ١٠٠ لسنة ٣٢ المنصورة المنضم للطعن أن محضر التحقيق المؤرخ ١٩٨٤/١/٢١ والذي تضمن أقوال شهود الطرفين قد خلا من توقيع السيد المستشار المنتدب للتحقيق ، وإذ كان الحكم المطعون قد الصادر بجلسة ١٩٨٤/٤/٢٢ قد أقام قضاءه على سند من أقوال شاهدي المطعون ضدها الأولى اللذين سمعا بمحضر التحقيق سالف الذكر فإنه يكون باطلا لابتنائه على إجراء باطل بما يوجب نقضه " (١٩٨٥/١/٣٠ طعن ١٦٣٧ لسنة ٥٤ق - م نقض م - ٣٦ - ١٧٦)

وإذا صدر القاضي حكما مبنيا على محضر جلسة لم يكتب بواسطة الكاتب أو لم يوقع منه كان هذا الحكم باطلا لابتنائه على إجراء باطل .

يلاحظ مما تقدم أنه يشترط التوقيع على محضر الجلسة من كل من القاضي وكاتب الجلسة ، بحيث إذا خلا من توقيع أحدهما كان باطلا متعلقا بالنظام العام ولا يقتصر الحكم على محاضر جلسات المرافعة في الدعوى وإنما يشمل كل إجراءات الدعوى كالمعاينة أو الإطلاع حيث تتم خارج المحكمة إذ يتعين أن يدون ذلك في حينه في محضر يحرره ويوقع عليه الكاتب مع القاضي ولا يغني عن توقيع المحضر على هذا النحو إقرار القاضي أو الكاتب بأن المحضر تحرر بخط الأخير في حضور الأول ، وإذا صدر الحكم مستندا الى محضر جلسة لم يكتب بواسطة كاتب الجلسة أو لم يوقع منه أو من القاضي كان الحكم مبنيا على إ جراء باطل بطلانا متعلقا بالنظام العام .

في حالة تعدد الأوراق التي تحرر بها محضر التحقيق يكفي التوقيع على الورقة الأخيرة متى كانت متصلة بما سبقتها :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " عددت المادة ٩٣ من قانون الإثبات الصادر بالقانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ البيانات التي يجب اشتمال محضر التحقيق عليها ، ولم تستلزم - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - ذكر اسم القاضي المنتدب للتحقيق والكاتب واكتفت بتوقيع كل منهما على هذا المحضر وإذا حرر محضر التحقيق على أوراق منفصلة اشتملت الأخير منها على جزء من التحقيق واتصل بها القرار الصادر بإحالة الدعوى الى المرافعة ثم توقع عليها من القاضي المنتدب للتحقيق والكاتب فإن التوقيع على هذه الورقة يعتبر توقيعا على محضر التحقيق والقرار مما يتحقق به غرض الشارع ف بما استعرضه من توقيع القاضي المنتدب للتحقيق وال كاتب على محضر التحقيق ولا يكون هذا المحضر باطلا " (١٩٨٥/١١/٢٠ طعن ٤٩٥ سنة ٥٢ق - م نقض م - ٣٦ - ١٠٢٢)

ولم يحدد القانون موعدا معينا لتوقيع محضر الجلسة وعلى ذلك يجوز توقيعه من القاضي والكاتب حتى صدور الحكم . أما إذا دفع الخصم ببطلان ما أثبت بمحضر الجلسة قبل توقيع الكاتب أو القاضي أو كلاهما فإنه يمتنع عليهما التوقيع عليه حتى ولو كانت الدعوى مازالت منظورة إذ يكون الخصم قد تعلق حقه بهذا الدفع . (الدناصوري ص٢٠١)

يعتبر رول القاضي مكملا لمحضر الجلسة في خصوص ما أثبت فيه وخلا منه محضر الجلسة مادام لا يتعارض معه :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ولئن كان محضر الجلسة يعتبر ورقة رسمية يعول عليها في إثبات ما يدور بالجلسة ويقع فيها وما يدلى به الخصوم من دفوع وأوجه دفاع ولا يقبل إنكار أو إثبات ما يخالف ما ورد به إلا بطريق الطعن عليه بالتزوير طبقا لنص المادة ١١ من قانون الإثبات ، إلا أنه إذا أغفل محرره إثبات بيان أدلى له أثناء نظر الدعوى وأثبته القاضي بالرول الخاص به فإنه يعتبر مكملا لنحضر الجلسة في خصوص ما أثبت فيه وخلا منه محضر الجلسة مادام لا يتعارض معه . لما كان ذلك

وكان البين من محضر جلسة ١٩٨١/٥/١٠ أمام محكمة أول درجة أنه تضمن إثبات حضور الأستاذ .... عن الأستاذ .... عن الطاعنة بتوكيل لم يدون كاتب الجلسة رقمه وترك لذلك مساحة فارغة أثبت بعدها طلب الوكيل تأجيل نظر الدعوى للإطلاع وإذ كان الثابت بالأوراق أن السادة قضاء محكمة أول درجة قد دون كل منهم في الرول الخاص به رقم هذا التوكيل مما مفاده أن خلو محضر الجلسة من إثبات هذا الرقم وتركه المساحة التي كان مفروضا أن يدون بها خالية كان من قبيل القصور عن ملاحقة ما يدلى به الخصوم ووكلائهم ، ولما كان هذا البيان الوارد برولات السادة القضاة لا يتعارض مع البيانات الأخرى الثابتة في محضر الجلسة المذكور فإن هذه الرولات تكون مكملة له إثبات سند وكالة الحاضر عن الطاعنة أمام محكمة أول درجة " (١٩٨٧/١١/٣٠ طعن ١٧٩٦ سنة ٥٣ق – م نقض م –٣٨ – ١٠٣٤ – ١٩٨٠/٤/١٩ – م نقض م – ٣١ – ١١٤٤ – ١٩٨٧/١١/٣٠ طعن ١٧٩٧ سنة ٥٣ق) وبأنه إغفال إثبات قرار المحكمة بإعادة الدعوى للمرافعة بمحضر الجلسة لا يترتب عليه البطلان طالما أثبت هذا القرار بورقة الجلسة التي يحررها القاضي بخطه (الرول) وتحقق بمقتضاه وتنفيذا له استئناف السير في الخصومة بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى وذلك بدعوة طرفيها للاتصال بها بإعلان صحيح " (١٩٨٩/٤/٢٧ طعن ٢٥٤٥ سنة ٥٦ق)

لا يجوز للمحضرين ، ولا للكتبة ولا لغيرهم من أعوان القضاء أن يباشروا عملا يدخل في حدود وظائفهم في الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة وإلا كان هذا العمل باطلا . (م٢٦ مرافعات)

وإذا كانت عبارة (أعوان القضاة) تمتد في مفهومها العام الى غير العاملين في الدولة كالمحامين وخبراء الجدول والمترجمين غير الحكوميين ووكلاء الديانة إلا أن النص لا يتناول غير العاملين في الدولة ، كما لا يسري بالنسبة الى العاملين في الدولة ممن خصهم المشرع بأحكام خاصة كالخبراء الحكوميين ، كما لا يسري كذلك على القضاة الذين يختصون بأحكام عدم الصلاحية والرد . (محمد كمال عبد العزيز ص١١٦ ، مرجع سابق)

ولا يقصد النص مجرد الدعاوى إنما يقصد الإجراءات على وجه العموم ، كما إذا أعلن المحضر الغير بناء على طلب ممن ورد حصرهم في هذه المادة بمجرد إنذار أو تنبيه ، كما يشمل النص أيضا أعمال التنفيذ بالتحفظ . (أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق)

ويلاحظ أن القانون المدني قد نظم في المواد من ٣٤ الى ٣٧ كل ما يتعلق بالأصول والفروع ودرجات القرابة والمصاهرة وكيفية حسابها ، وزادها إيضاحا بمذكرته التفسيرية .

فتنص المادة (٣٤) مدني على أنه " ١- تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباء . ٢- ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك .

وتنص المادة (٣٥) مدني على أنه " ١- القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الأصول والفروع . ٢- وقرابة الحواشي هى الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر .

وتنص المادة (٣٦) مدني على أنه " يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

وتنص المادة (٣٧) مدني على أنه " أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر .

والبطلان المترتب على مخالفة الحظر الوارد في المادة لا يتعلق بالنظام العام فيتعين أن يتمسك به صاحب الشأن بالقيود الواردة في المادة ١٠٨ مرافعات :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " أنه وإن كان يبين من مقارنة نصوص المواد ٢٨ ، ٣١٣ ، ٣١٤ من قانون المرافعات السابق (تقابل المواد ٢٦ - ١٤٦ - ١٤٧ من التقنين الحالي) أن المشرع قد رتب البطلان جزاء على مباشرة القاضي أو كاتب المحكمة عملا في الدعوى التي تربطه بأحد الخصوم فيها صلة قرابة الى الدرجة الرابعة ، إلا أنه غاير في التعبير بين الحالتين إذ بينما نص على وقوع البطلان بالنسبة لعمل القاضي أو قضائه ولو باتفاق الخصوم فإنه لم يورد نصا مماثلا لذلك بالنسبة لكاتب الجلسة ، وذلك على أساس أن البطلان الذي يشير إليه نص المادة ٢٨ لا يتعلق بالنظام العام فلا تحكم به المحكمة إلا إذا تمسك به الخصم صاحب المصلحة ويسقط حقه في التمسك به إذا نزل عنه " (١٩٧٤/٤/٩ طعن ١٢١ سنة ٣٩ق - م نقض م - ٢٥ - ٦٥٨ - وقارن الدكتور عبد العزيز بديوي في كتابه بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام ص٣٠٠ حيث يرى أنه لا يترتب على مخالفة النص سوى المساءلة التأديبية في حين يرى الدكتور عاشور السيد مبروك في كتابه طرق تسليم الإعلان ص٢٣ أن النص يتعلق بالنظام العام لتعلقه بأسس النظام القضائي وما يستهدفه من تجريد أعوان القضاء من الشبهات) فقضت أيضا بأنه لما كان ذلك الثابت من محاضر جلسات الدعوى أمام المحكمة الابتدائية أنه بعد أن قرر كاتب الجلسة أنه ابن عم المدعى - المطعون ضده - وافق الحاضر عن الطاعن الثاني على حضور هذا الكاتب بالجلسة كما قرر الحاضر مع الطاعن الثاني عدم اعتراضه على ذلك ، وكذلك فإنه لم يثبت أن باقي الطاعنين الذين قدموا مذكرة بدفاعهم في الدعوى - قد اعترضوا على أن يباشر هذا الكاتب عمله في الدعوى . لما كان ما تقدم ، فإن الطاعنين يكونون قد نزلوا عن حقهم في التمسك ببطلان إجراءات نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية لهذا السبب مما لا يجيز لهم العودة الى التمسك به في الاستئناف ، وإذ انتهت محكمة الاستئناف الى عدم بطلان الحكم المستأنف استنادا الى نص المادة ٢٨ من قانون المرافعات ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٧٤/٤/٩ طعن ١٢١ لسنة ٣٩ق - م نقض م - ٢٥ - ٦٥٨)

هذا ويشترط في انطباق التحريم على الأشخاص الذين تناولتم النص أن يثبت لهم صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت مباشرة الأعمال المتعلقة بالدعاوى فإذا زلت عنهم هذه الصفة بعد مباشرة العمل الباطل المتعلق بالدعاوى فإن ذلك ليس من شأنه تصحيحه ، لأن العبرة هى بصفتهم وقت مباشرة الإجراء .

ولا ينصرف حكم هذه المادة أيضا الى القضاة لأن حكمها فيما يتعلق بهم مما يدخل ويتصل بأحكام الرد ، وبعدم أهلية القاضي للقضاء . (م٤٩٤ مرافعات)

آثـــار البطـــلان :

يترتب على الحكم ببطلان الإجراء اعتباره كأن لم يكن فيسقط وتسقط معه كل الإجراءات اللاحقة له متى كان هو أساسا لها وترتبت هى عليه (م٣/٢٤) كما يترتب على بطلان الإجراء زوال كافة الآثار القانونية المترتبة عليه . فإذا قضى مثلا ببطلان صحيفة الدعوى استتبع ذلك بطلان جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك الحكم الصادر في الدعوى ، وإنما لا يمنع البطلان من تجديد الإجراء الذي حكم ببطلانه مصححا ما لم يكن الحق في إجرائه قد سقط لسبب من أسباب السقوط .

يراعى أن الحكم ببطلان الإجراء لا يستتبع بطلان ما تقدم عليه من إجراءات ، كما لا تبطل الإجراءات المتأخرة عليه إذا كان لها كيان مستقل بذواتها ولن تكن معتمدة عليه (م٣/٢٤) ، (م١٥٩ من القانون الإيطالي) ولا تبطل الإجراءات المعاصرة له ما لم ترتبط له برباط لا يقبل التجزئة بسبب طبيعتها أو طبيعة موضوعها .

وتنص المادة (٢٤) على أنه " إذا كان الإجراء باطلا وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توافرت عناصره ، وإذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل . (أبو الوفا ، مرجع سابق)

ومن المقرر أن البطلان يعتبر متعلقا بالنظام العام إذا نص المشرع على ذلك صراحة أو أوجب على القاضي الحكم به من تلقاء نفسه أو كان الإجراء معدوما أو كان يتصل بالمصالح العامة ولا يكفي لاعتباره متصلا بالنظام العام أن ينص على أنه يقع بقوة القانون لأن هذه العبارة لا تعني أكثر من حرمان القاضي من مكنة التقدير بحيث يتعين عليه القضاء بالبطلان .

ويجوز للدائن أن يتمسك ببطلان إجراء موجه الى مدينه على اعتبار أن حق التمسك بالبطلان لا يعد متعلقا بشخص المدين بشرط ألا يكون الحق المرفوعة به الدعوى متصلا بشخصه ، ومتى تم النزول عن البطلان صراحة أو ضمنا فإنه يقع باتا فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثار فحضور الخصم للجلسة المحددة بعد الفصل في الادعاء بالتزوير يزيل مصلحته في التمسك بالبطلان لعدم إعلانه لهذه الجلسة وكذلك حضور خلف الخصم المتوفى يزيل مصلحته في التمسك بالبطلان لعدم القضاء بالانقطاع .

كذلك من المقرر أن القاضي لا يحكم بالبطلان على أساس أنه منصوص عليه في التشريع إلا إذا تقرر البطلان بلفظه أى يقول النص (وإلا كان الإجراء باطلا) مثلا ولا يعمل بهذه القاعدة المتحدثة إلا بالنسبة لقانون المرافعات الجديد والقوانين التالية عليه فقد أما القوانين السابقة عليه والتي تعتمد على تقرير البطلان بعبارة ناهية أو نافية إعمالا للمادة ٢٥ من قانون المرافعات القديم – هذه القوانين يجب احترام حالات البطلان فيها ولو بعبارة ناهية أو نافية .

أحكام النقض :

مزاولة المحامي لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه من الجدول لعدم سداد اشتراك النقابة . أثره . تعرضه للمحاكمة التأديبية دون بطلان العمل . القضاء ببطلان صحيفة الاستئناف استنادا الى أن اسم المحامي الذي وقعها مستبعد من الجدول . خطأ . (نقض ١٩٧٢/٥/٤ س٢٣ ص٨١٥)

عدم جواز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها . تقديم المطعون ضده مذكرة في فترة حجز القضية للحكم لم تتضمن دفاعا جديدا . النعى على الحكم بالبطلان لعدم الإطلاع عليها لا أساس له . (نقض ١٩٧١/١٠/٢٦ س٢٢ ص٨٤٤)

عدم جواز قبول مذكرات أو أوراق مقدمة من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها . تقديم المطعون ضده مذكرة في فترة حجز القضية للحكم تضمنت دفاعا جديدا . قبول الحكم لهذه المذكرة دون إطلاع الطاعنين عليها أو إعلانهم بها . أثره . بطلان الحكم . (نقض ١٩٧١/١١/٣٠ ص٢٢ ص٩٤٦)

إيداع المحامي سند وكالته أثناء نظر الطعن تتحقق به الغاية مما كانت المادة ٢٥٥ قبل تعديلها بالقانون ١٣ سنة ١٩٢٣ توجبه من إيداع سند وكالة المحامي الموكل في الطعن عند تقديم صحيفة الطعن . (نقض ١٩٧٦/٤/١٤ طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٠ق)

متى كان قد أثبت في صحيفة الطعن بيان موطن المحامين للموكل أحدهما عن الطاعن الأول . والموكل ثانيهما عن الطاعنة الثانية وكان هذا الموطن معتبرا في إعلان الأوراق اللازمة لسير الطعن عملا بالمادة ١/٧٤ من قانون المرافعات ، فإن تعيينه في صحيفة الطعن يجعل منه موطنا مختارا للطاعن يكون هو الموطن بالنسبة لهم في كل ما يتعلق بالطعن وفقا لما تقضي به المادة ٣/٤٣ من القانون المدني ، وتتحقق بذلك الغاية من ذكر موطن الطاعنين في صحيفة الطعن ، وهى إعلام ذوي الشأن به ، حتى يمكنهم إعلان الطاعنين فيه بالأوراق اللازمة لسير الطعن وطبقا لما تقضي به المادة ٢/٢٠ من قانون المرافعات فإنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء . (نقض ٣/٢٦ س٢٦ ص٦٧٥)

إذا كان الثابت أن المطعون ضده قد قدم في الميعاد القانوني مذكرة بدفاعه فإنه لا يقبل منه والحال كذلك التمسك ببطلان الطعن أيا كان وجه الرأى في طريقة إعلانه ، إذ أن المادة الأولى من قانون المرافعات الحالي المعمول به من ١٩٦٨/١١/١٠ نصت على سريان أحكامه على ما لم يكن قد فصل فيه الدعاوى إلا ما استثنى بذات المادة ، كما نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من القانون المذكور على أنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء وإذ كان الثابت على – ما سلف البيان – أن المطعون ضده قد علم بالطعن المقرر به في الميعاد وقدم مذكرة في الميعاد القانوني بالرد على أسباب الطعن فقد تحققت الغاية التي كان يبتغيها المشرع من إعلانه ، ولا محل بعد ذلك للحكم ببطلان الطعن لهذا السبب . (نقض ١٩٧١/١١/٣٠ س٢٢ ص٩٤٦)

أوجب قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة ٢٥٣ منه على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض في القيام بالإجراءات وفي المرافعة أمامها ، والحكمة في ذلك أن هذه المحكمة لا تنظر إلا في المسائل القانونية ، فلا يصح أن يتولى تقديم الطعون إليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون ، وإذ يبين من الإطلاع على الأوراق أن صحيفة الطعن ترفع عليها بإمضاء محام نيابة عن المحامي الوكيل عن الطاعنة ، وكان الثابت من الشهادة الصادرة من نقابة المحامين أن المحامي الموقع على صحيفة الطعن لم يقبل للمرافعة أمام محكمة النقض حتى تاريخ تحرير هذه الشهادة ، فإنه يتعين أعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ سالفة الذكر ، ولا محل لما تقول به الطاعنة من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بتقديم التوكيل الصادر منها لمحاميها المقبول أمام محكمة النقض ، وأن صحيفة الطعن قد صدرت منه فلا يحكم بالبطلان طبقا لما تنص عليه المادة ٢٠ فقرة ثانية من قانون المرافعات ، ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة وإذ كان هذا الإجراء الباطل لم يتم تصحيحه في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء طبقا لما تنص عليه المادة ٢٣ من قانون المرافعات فإن الطعن يكون باطلا. (نقض ١٩٧١/١٢/٨ س٢٣ س١٠٠٥)

إذا كانت المطعون عليها لم تحضر لا بنفسها ولا بوكيل عنها في جلسة ١٩٦٩/٤/٧ التي دعيت إليها بمقتضى ورقة الإعلان الباطلة وإنما كان حضورها لأول مرة بجلسة ١٩٦٩/٢/٩ التي لم تكن قد أعلنت بها ودفعت فيها باعتبار الاستئناف كأن لم يكن عملا بالمادتين ٢٤ ، ٧٠ من قانون المرافعات لأنها لم تعلق في خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفة الاستئناف الى قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم فإن إعلانها بصحيفة الاستئناف لم تتحقق به الغاية من هذا الإجراء الباطل بدعوى أنها علمت بمضمون الورقة ولا يف يد حضورها في الجلسة الأخيرة أنها نزلت عن الحق في التمسك ببطلان صحيفة الاستئناف . (نقض ١٩٧٥/٣/١٨ س٢٦ ص٦٣١ ، نقض ١٩٨٠/٢/٦ طعن رقم ٧٨٩ لسنة ٤٧ق)

الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية يتم بتقرير في قلم كتاب المحكمة النقض . المادتين ٨٨١ ، ٨٨٢ مرافعات . إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أثره . بطلان الطعن . اشتمال الصحيفة على البيانات الواجب توافرها في التقرير لا يحقق الغاية من الإجراء طالما أنها وردت قلم كتاب محكمة النقض بعد انقضاء ميعاد الطعن . (نقض ١٩٨١/٢/١٧ طعن رقم ٦٧ لسنة ٤٩ق)

لما كانت الاعتبارات التي من أجلها أوجب المشرع على الخصوم أن ينيبوا عنهم أمام محكمة النقض محامين مقبولين لديها ، متحققة في الخصم وهو الأصيل – إذا كان هو نفسه محاميا مقبولا أمام هذه المحكمة فإن إلزام الخصم على الرغم من كونه محاميا مقبولا أمام محكمة النقض بتوكيل محام للنيابة عنه في ذلك غير سديد. (نقض ١٩٧٤/٣/٤ س٢٣ العدد الثالث ص٩)

لما كان الثابت أن المطعون ضده قدم مذكرة بدفاعه في الميعاد القانوني ولم يبين وجه مصلحته في التمسك بالبطلان الذي يدعيه في ورقة إعلان صحيفة الطعن فإن الغاية من الإعلان تكون قد تحققت وتنتفي معه المصلحة في الدفع بالبطلان . (نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٢٠١ لسنة ٤٤ق ، نقض ١٩٧٨/٣/٢١ طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤١ ، نقض ١٩٨١/١/٣ طعن رقم ٦٤٦ لسنة ٤٧ق)

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين لاعتبار البيان جوهريا يترتب على إغفاله البطلان أن يكون ذكره ضروريا للفصل في الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها باعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الطرفين نزاع بشأنه . (نقض ١٩٧٩/٣/٧ الطعن ٢٩ لسنة ٤٧ق)

انقطاع سير الخصومة ، الغاية منه . مثول ورثة الخصم المتوفى أمام محكمة يحقق الغاية من اختصامهم بصفتهم هذه . لا محل للنعى ببطلان الحكم لعدم قضائه بانقطاع سير الخصومة . (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق)

رفع الطعن بالنقض بتقرير أودع قلم الكتاب على خلاف ما تقضي به المادة ٢٥٣ مرافعات من رفعه بصحيفة . لا بطلان . علة ذلك . توافر البيانات التي يتطلبها القانون في ورقة الطعن . تحقق الغاية من الإجراء . (نقض ١٩٧٧/٥/٢٤ طعن رقم ٨٨ لسنة ٤٣ق)

تعجيل النطق بالحكم لجلسة سابقة على الجلسة المحددة . لا خطأ مادام أن قرار التعجيل لاحقا لانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات . علم الطاعنة بصدور الحكم وطعنها عليه بالنقض في الميعاد القانوني . تحقق الغاية من إعلانها بتعجيل الجلسة . (نقض ١٩٧٨/١/٣٠ طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٤ق)

إعلان صحيفة الطعن بالنقض للمطعون ضدهم في المحل المختار الدفع ببطلان الطعن لا محل له طالما علموا بالصحيفة وقدموا مذكرتهم بالرد على أسبابه في الميعاد القانوني . م٢٠ مرافعات . (نقض ١٩٧٩/١٢/١٩ طعن رقم ١٠١ لسنة ٤٦ق)

دفع المطعون عليه ببطلان إعلانه بصحيفة الطعن بالنقض لعدم ورود اسم المحضر والمحكمة التابع لها بالصورة المعلنة . لا محل له طالما قدم مذكرة بدفاعه في الميعاد القانوني . م٢٠ مرافعات . (نقض ١٩٧٩/١٢/٨ طعن رقم ٤١٠ لسنة ٤٣ق)

متى كانت الإجراءات المدعى ببطلانها قد تمت أمام أول درجة ولم تتمسك بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع وكان هذا البطلان ليس ما يتعلق بالنظام العام فإنه لا يجوز للطاعنة أن تتحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٧٩/١٢/١٩ طعن رقم ١٠١ لسنة ٤٦ق)

متى كان الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت . فإن محكمة الاستئناف تكون قد تحققت من أن سند الوكالة الصادرة لمحامي الطاعنين الذي مثل بالجلسة – بعد إعادة الدعوى للمرافعة – كان صادرا من كل الطاعنين ، ولما كان الطاعنون لم يقدموا دليلا على أن هذا التوكيل لم يصدر عنهم ، وكان لا مصلحة لهم في التمسك بالبطلان لعدم إعلان من لم يحضر من المطعون عليهم – بإعادة الدعوى للمرافعة – إذ لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته عملا بما تقضي به المادة ٢١ مرافعات . لما كان ذلك ، فإن النعى على الحكم بالبطلان في غير محله . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٣ س٢٧ ص١٦٢٧)

بطلان الخصومة لعدم إعلان أحد الخصوم إعلانا صحيحا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، فإفادة من صح إعلانهم – في هذه الحالة – من البطلان الحاصل في إعلان أحدهم لا يكون إلا بها أن يثبت هذا البطلان بالطريق الذي يتطلبه القانون ، بأن يتمسك به من أن الحق فيه وتحكم به المحكمة. (نقض ١٩٨٠/٣/١١ طعن رقم ٨٧٥ لسنة ٤٤ق)

بيان المدعى موطنه الأصلي بصحيفة افتتاح الدعوى وإعادة إعلانها . ثبوت أنه لا يقيم فيه عند إعلانه بصحيفة الاستئناف . القضاء ببطلان إعلانه بالصحيفة في النيابة . إغفال الحكم الرد على دفاع المستأنف بأن المستأنف عليه هو الذي تسبب في هذا البطلان . قصور . (نقض ١٩٨٠/٥/٣١ طعن رقم ٨٤٢ لسنة ٤٥ق)

إذ يبين من أصل ورقة إعلان صحيفة الطعن أنه ورد بها اسم المحضر الذي باشر الإعلان والمحكمة التي يتبعها ، وبذلك تحقق ما قصدت إليه المادة التاسعة من قانون المرافعات من بيان اسم المحضر والمحكمة التي يعمل بها في ورقة الإعلان ، ومن ثم فإن الدفع بالبطلان لخلو الصورة من هذا البيان يكون على غير أساس . (نقض ١٩٧٦/٣/١٦ س٢٧ ص٦٦٥)

لما كان الثابت أن المطعون عليه الأول تم إعلانه بالطعن وقد علم به وقدم مذكرة في الميعاد القانوني بالرد على أسباب الطعن ، فإن الغاية التي يبتغيها المشرع من الإجراء تكون قد تحققت ، ويكون الدفع – ببطلان الطعن لإعلانه بصحيفته في غير محل إقامته – على غير أساس . (نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٥ق)

البطلان المترتب على إعلان الاستئناف في غير موطن المستأنف عليه هو بطلان نسبي مقرر لمصلحته فليس لغيره – من المستأنف عليهم – أن يتمسك به متى كان موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف مما يقبل التجزئة . (نقض ١٩٦٧/١/٥ س١٨ ص٩٢)

البطلان المترتب على عدم إعلان أحد الخصوم بمنطوق حكم التحقيق مقرر لمصلحته وله وحده التمسك به . (نقض ١٩٦٧/١/٥ س١٨ ص٩٢)

بطلان الإجراءات المترتب على انقطاع سير الخصومة هو بطلان نسبي قرره القانون لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته تمكينا له من الدفاع عن حقوقه وهم خلفاء المتوفى أو من يقومون مقام من فقد أهليته أو زالت صفته فلا يحق لغيرهم أن يحتج لهذا البطلان . (نقض ١٩٦٧/١/٥ س١٨ ص٩٢)

إذا كان هدف الشارع من تدخل النيابة في القضايا الخاصة بالقصر إنما هو رعاية مصلحتهم فإن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة إخبار النيابة بهذه القضايا يكون بطلانا نسبيا مقررا المصلحة القصر ومن ثم يتعين عليهم التمسك به أمام محكمة الموضوع فإن فاتهم ذلك فلا يجوز التحدي به أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ س١٨ ص١١٠٢)

عدم جواز تمسك الخصم ببطلان الإجراء الذي تسبب فيه . م٢/٢١ مرافعات . قاصر على البطلات غير المتعلق بالنظام العام . (نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ طعن رقم ٨٣٣ لسنة ٤٧ق)

أحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاصة ببيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلني . قيامها على أساس إتمام البيع بواسطة خبير مثمن . عدم ترتيب البطلان الحتمي جزاء على عدم مراعاتها . جواز النزول عنه صراحة أو ضمنا لعدم تعلقها بالنظام العام . (نقض ١٩٧٣/٣/١٢ سنة ٢٤ق ص٣٩٦)

متى تم النزول عن البطلان صراحة أو ضمنا فإنه يقع٨ باتا فلا يجوز العدول عنه أو التحلل من آثاره (نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ق)

النزول الضمني عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دالا بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك وهو ما لا يتحقق في مجرد تأخير الدفع ببطلان التنبيه عن الدفع بعدم جواز التنفيذ على العقار في تقرير الاعتراض على قائمة شروط البيع مع تمسك مقدمها بكليهما . كما أنه يشترط في العمل أو الإجراء الذي يعتبر ردا على الإجراء الباطل بأن صاحب الشأن قد اعتبره صحيحا أن يكون القول أو الفعل المسقط للحق في الدفع بالبطلان دالا بذاته على أن صاحب الشأن قد أخذ في اعتباره أن الإجراء الذي يواجهه قد قام صحيحا أو أنه يعتبره كذلك ولا يأتي هذا الافتراض إذا صاحب القول أو الفعل تمسك صاحب الشأن بالدفع بالبطلان لأن هذه المصاحبة تدل على أن ذا الشأن إنما يتمسك بكل ما يواجهه من أوجه الدفع ولا يسوغ القول بأن المصاحبة التي تجمع أوجه الدفاع المختلفة في الورقة الواحدة تقوم معها مظنة النزول عن بعضها رغم تمسك صاحبها بها جميعا . (نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ سنة ١٩ق ص١٤٥٧)

متى كان الثابت أن الطاعن حضر بالجلسة - التي أجل إليها نظر الاستئناف لإخطار من لم يحضر النطق بالقرار الخاص بتحديد جلسة لنظر الموضوع بعد الحكم في الادعاء بالتزوير - وأبدى دفاعه ، فلا مصلحة له في التمسك بالبطلان بدعوى أنه لم يعلن بهذه الجلسة . (نقض ١٩٧٥/١١/١٨ سنة ٢٦ق ص١٤١٥)

الإجراء الباطل بطلانا غير متعلق بالنظام العام اعتباره صحيحا طالما لم يتمسك صاحب المصلحة بالبطلان في الوقت المناسب . (نقض ١٩٧٧/٤/٥ طعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ق)

حضور الخصم الذي يسقط الحق في التمسك ببطلان الصحيفة لعيب في الإعلان هو الذي يتم بناء على إعلان الورقة ذاتها . مجرد الحضور في الزمان والمكان المعينين في الورقة قرينة على أن الحضور تم بناء على الورقة . على التمسك ببطلانها إثبات العكس . (نقض ١٩٧٨/٣/١٦ طعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ق ، نقض ١٩٧٩/٣/١٣ طعن رقم ٨٨ لسنة ٤٦ق)

متى كان مفاد نص المادة ٧٣٥ من القانون المدني أنه يجوز للحارس أن يجري أعمال التصرف برضاء ذوي الشأن ، فإن تدخل المستحقين في الوقت منضمين الى الحارس القانوني على الوقت في طلباته في دعوى تثبيت الملكية التي أقامها بصفته من شأنه أن يزيل العيب الذي شاب تمثيله لهم وبزواله تصحيح إجراءات التقاضي صحيحة ومنتجة لآثارها في حق الخصوم على السواء منذ بدايتها . (نقض ١٩٦٨/١١/٢٦ سنة ١٩ق ص١٤٠٧)

وقوع بطلان في إعلان بعض المطعون عليهم لا يترتب عليه سوى إعادة إعلانهم بالطعن إعلانا صحيحا ولو بعد فوات الميعاد المحدد للإعلان مادام أن هذا الميعاد تنظيمي لا يترتب على تجاوزه البطلان . (نقض ١٩٧٢/٧/١٢ سنة ٢٣ق ص١١٧٥)

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول الضمني عن الحق المسقط له يجب أن يكون بقول أو عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك وهو ما لا يتحقق في مجرد تأخير دفع المدين ببطلان إجراءات البيع والمزاد وسكوته عليه وعدم اعتراضه زهاء ما يقرب من سبع سنين . (نقض ١٩٨٣/١١/٣٠ الطعون أرقام ١٧٤٧ ، ١٧٤٨ ، ١٧٥٨ لسنة ٥١ق)

أوجب قانون المرافعات في المادة ٢٥٣ منه على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض في القيام بالإجراءات وفي المرافعة أمامها والحكمة في ذلك أن هذه المحكمة لا تنظر إلا في المسائل القانونية ، فلا يصح أن يتولى تقديم الطعون إليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون ، وإذ يبين من الإطلاع على الأوراق أن صحيفة الطعن موقع عليها بإمضاء محام نيابة عن المحامي الوكيل عن الطاعنة ، وكان الثابت من الشهادة الصادرة من نقابة المحامين أن المحامي الموقع على صحيفة الطعن لم يقبل للمرافعة أمام محكمة النقض حتى تاريخ تحرير هذه الشهادة ، فإنه يتعين إعمال الجزء المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ مرافعات . ولا محل لما تقول به الطاعنة من أن صحيفة الطعن صدرت منه فلا يحكم بالبطلان طبقا لما تنص عليه المادة ٢٠ فقرة ثانية من قانون المرافعات ، ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة ، وإذ كان هذا الإجراء الباطل لم يتم تصحيحه في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء طبقا لما تنص عليه المادة ٢٣ من قانون المرافعات فإن الطعن يكون باطلا . (نقض ١٩٧١/١٢/٨ سنة ٢٢ ص١٠٠٥)

إن الحكم لا يكون قد خالف القانون إذا لم يعتد بإعلانه صحيفة استئناف وجهت الى المستأنف عليه في الميعاد ولو تسلم تسليما فعليا ولا حكمها الى أحد ممن يجيز القانون تسلمه إياها حتى يعد منتجا لآثاره ولا يغير من هذا النظر أن يكون المستأنف قد أعلن المستأنف عليه في النيابة بإعلان جديد بعد فوات ميعاد الاستئناف ولا يمكن أن يعتبر مكملا للإعلان السابق إذ القول بذلك يقتضي أم يكون الإعلان الأول قد تم صحيحا مع أنه منعدم الأثر لا يقبل تكملة ولا تصحيحا . (نقض ١٩٥٥/٢/١٧ سنة ٦ق ص٧٠٨)

تصحيح الإجراء بالباطل . وجوب إتمامه في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها هذا الإجراء . البطلان الناشئ من عدم توقيع محام على صحيفة افتتاح الدعوى . امتناع تصحيحه أثناء نظر الاستئناف . (نقض ١٩٧٦/٣/٢ سنة ٢٧ق ص٣٥٦)

لا يحمل الحكم – المطعون فيه – ما أورده من أن المحامي قد وقع على ورقة إعادة الإعلان أمام محكمة الدرجة الأولى متضمنة بيانات صحيفة افتتاح الدعوى وهو ما يكفي لتصحيح البطلان العالق بالصحيفة – عدم توقيع محام عليها – ذلك أن المحكمة وقد انتهت في حكمها في شكل الاستئناف الى بطلان هذه الورقة لانعدام أثرها لعدم إعلانها في الموطن الأصلي للطاعن ، فإنها لا تصلح لتصحيح البطلان ، إذا الإجراء الباطل لا يصححه إجراء باطل ولو اختلف سبب البطلان . (نقض ١٩٧٦/٣/٢ سنة ٢٧ق ص٣٥٦)

إذا كان الثابت أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وجهه الطاعنان الى المطعون ضده الأخير بتاريخ ١٩٧١/١٠/٢٠ في محل تجارته وليس في موطنه فرد عليه بإعلان وجهه إليهما في ١٩٧١/١١/١٣ أقر فيه أنه تلقى إعلان الرغبة ولاحظ على بياناته مجانبتها للحقيقة فسارع الى تصحيحها ، وعرض على الطاعنين الحلول محله في عقد البيع بالثمن الحقيقي والنفقات الحقيقة دون أن يتمسك بأى اعتراض أو تحفظ في شأن بطلان الرغبة مما يدل على تحقق الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء هذا الإجراء وعلى نزول من وجه إليه عما اعتراه من بطلان نسبي شره لمصلحته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وانتهى الى تأييد القضاء بسقوط الحق في الشفعة لبطلان إعلان الرغبة فيها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه . (نقض ١٩٧٧/٣/١٦ سنة ٢٨ق س٧٠٥)

تصحيح المدعى للدعوى بإدخال صاحب الصفة الحقيقي فيها ، لا أثر له إلا إذا تم خلال الميعاد المحدد لرفع الدعوى . (نقض ١٩٨٠/٢/١٢ طعن رقن ٣٥٢ لسنة ٤٦ق)

صحيفة افتتاح الدعوى هى الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها . فإذا حكم ببطلانها فإنه ينبغي على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار التي ترتبت على رفعها . (نقض ١٩٧٣/٥/١٥ سنة ٢٤ق ص٧٤٨)

قضاء محكمة الاستئناف ببطلان صحيفة الدعوى لعدم إعلانها وبطلان الحكم المستأنف المبني عليها . مؤداه . زوال الخصومة ووجوب الوقوف عند حد تقرير البطلان . (نقض ١٩٧٣/٥/١٥ سنة ٢٤ق ص٧٤٨)

بطلان الحكم الابتدائي يؤدي الى بطلان الحكم الاستئنافي الذي قضى بتأييده . (نقض ١٩٧٦/١١/٢٢ الطعن ٦٣٤ لسنة ٤٣ق)

من الجائز أن يتحول الإجراء الباطل الى إجراء صحيح إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة يتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح . (نقض ١٩٦٩/١٢/٢ سنة ٢٠ق ص١٢٤٨)

العبرة في تكييف الإجراء هو بحقيقة وضعه القانوني واستيفائه للأوضاع والشروط التي يحددها القانون لا بما يسبغه عليه الخصوم أو قلم الكتاب من أوصاف ، وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق أنه بعد أن شطبت دعوى الشركة المطعون ضدها في ١٩٦٥/١١/٢٣ أعلنت للطاعنين في ١٩٦٨/١/٩ بصحيفة استوفيت جميع الشروط والبيانات اللازمة لصحيفة افتتاح الدعوى ، وأدت عنها الرسم المستحق على الدعوى الجديدة ، فلا تثريب على المحكمة إن هى أنزلت عليها الوصف القانوني الصحيح باعتبارها دعوى جديدة ولا يؤثر على ذلك أن يكون قلم الكتاب قد قيدها بالجدول بذات رقم الدعوى المشطوبة أو برقم جديد . (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ سنة ٢٦ق ص١٦٤٦)

المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقا للمادة ٣٨٣ من القانون المدني إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب في الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم . (نقض ١٩٧٥/٥/٢٠ سنة ٢٦ ص١٠١٧)

متى كان المطعون عليه الذي لم يصح إعلانه بتقرير الطعن هو الخصم الحقيقي في النزاع ، فإن بطلان إعلانه يترتب عليه بطلان الطعن بالنسبة الى باقي المطعون عليهم . (نقض ١٩٥٥/٥/٢٨ سنة ٦ ص١١٧٨ نقض ١٩٧٧/٥/١٧ في الطعن ٦٩٨ لسنة ٤٢ق)

إذ تنص المادة ٢٤ من قانون المرافعات على أنه إذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل " ، فهى تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان الشق من الإجراء غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحا رغم تعييب الآخر ولا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط وغير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعييب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدي الى بطلان العمل الإجرائي كله . (نقض ١٩٧٧/٥/١٧ سنة ٢٨ ص١٢٣٣)

وحيث أنه مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالبطلان ، وفي بيان ذلك تقول أن الخبير لم يخطرها بإيداع تقريره بكتاب مسجل عملا بما توجبه المادة ١٥١ من قانون الإثبات ، فكان يتعين على محكمة الاستئناف أن تخطرها بحصوله وبالجلسة المحددة لنظر الدعوى ، ولما كان الثابت من الصورة الرسمية للإعلان الموجه من قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة لخصوم الدعوى والمؤرخ ١٩٧٧/١٢/٣١ أن المطعون ضده هو وحده الذي تم إعلانه بإيداع التقرير بجلسة ١٩٧٨/١/١٨ المحددة لنظر الاستئناف ، ولم تحضر هى تلك الجلسة التي حجزت فيها المحكمة الدعوى للحكم ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه في الدعوى تأسيسا على ما جاء بهذا التقرير الذي لم يتخذ في مواجهتها ولم تعلم به ، ولم تبد دفاعها بشأنه ، فإنه يكون قد وقع باطلا لقيامه على إجراء باطل أثر في قضاءه ، وحيث أن النعى في محله ، ذلك أن النص في الفقرة من المادة ١٣٥ من قانون الإثبات على أنه وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقا للإجراءات المبينة في المادة ١٥١ ، والنص في المادة ١٥١ " ، من هذا القانون على أن " يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ... وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل " ، يدل على أن المشرع راعى في حظ شطب الدعوى عند إيداع أمانة الخبير قبل إخبار الخصوم بإيداع تقريره أنه لا مبرر لإرهاق الخصوم بمتابعة الخصومة في الجلسات السابقة على إخطارهم بتقديم الخبير تقريره ، وتعريض الدعوى لحظر الزوال نتيجة لذلك ، ف حين أنه لا يكون ثمة دور لهم في الواقع أمام المحكمة طوال مدة مباشرة الخبير لمهمته ، ومن ثم كان من الطبيعي أن يستلزم المشرع إخطار الخبير للخصوم بإيداع تقريره ليتابع الخصوم حضور الجلسات التي كانوا قد أعفوا من حضورها أثناء قيامه بمهمته وإن كان المشرع لم يرتب البطلان على عدم قيام الخبير بإخطار الخصوم بإيداع تقرريه ، إلا أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الإجراءات التي تتلو دعوة الخبير للخصوم يلحقها البطلان إذا شابها عيب جوهري يترتب عليه ضرر للخصم ، كأن يحكم في الدعوى على أساس التقرير الذي لم يقم الخبير بإخطار الخصوم بإيداعه لم يبدوا دفاعهم بشأنه مما يترتب عليه بطلان التقرير والحكم المؤسس عليه ، على أنه لا يحكم بالبطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء الباطل وفقا لحكم المادة ٢٠ من قانون المرافعات ، كأن تستقيم الإجراءات بقيام المحكمة بإخطار الخصوم بإيداع التقرير والجلسة المحددة لنظر الدعوى حتى يبدى الخصوم دفاعهم في الدعوى على ضوئه درءا لأى ضرر قد يلحق بهم من شأنه أن ينشئ لهم الحق في طلب بطلان التقرير ، مما مفاده أنه يلزم لكى تستقيم الإجراءات أن يعلم الخصوم بإيداع التقرير بالجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد حصول الإيداع ، ولا يثبت على الخصوم بذلك إلا بإخطارهم خاصة إذا لم يتابعوا الحضور بجلسات الدعوى لأن ذلك غير مطلوب منهم أثناء مباشرة الخبير للمأمورية وحتى إعلانهم بإيداع تقريره . إذ كان ذلك ، وكان الثابت من الصورة الرسمية لورقة الإعلان الموجه من قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة لخصوم الدعوى والمؤرخ ١٩٧٧/١٢/١٨ أن تقرير الخبير قد أودع قلم الكتاب وتحدد لنظر الدعوى جلسة ١٩٧٨/١/١٨

مما مفاده أن الخبير لم يخطر الخصوم بإيداع تقريره ، وقد ثبت من الإعلان أن المطعون ضده وحده دون الطاعنة هو الذي تم إعلانه بإيداع التقرير بالجلسة المحددة لنظر الاستئناف ، ولما كان القانون قد أعفى الخصوم من متابعة جلسات الدعوى طوال مباشرة الخصوم للمأمورية وحتى يتم إخطارهم بإيداع تقريره - على ما سلف بيانه - وكان البين من الصورة الرسمية لمحاضر جلسات محكمة الاستئناف أن الطاعنة لم تحضر جلسة ١٩٧٨/١/١٨ ونظرت المحكمة الدعوى في غيبتها في تلك الجلسة وحجزتها للحكم ، وأسست قضاءها على ما جاء بتقرير الخبير الذي لم تعلم به الطاعنة ولم تبدى دفاعه بشأنه ، فإن حكمها يكون مشوبا بالبطلان لقيامه على إجراءات باطلة أثرت في قضائه ، بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن ، على أن يكون مع النقض الإحالة . (نقض ١٩٨٣/٢/١٧ طعن رقم ٨٠٨ لسنة ٤٨ق)

لما كانت المادة ١٥١ من قانون الإثبات تنص على أنه " على الخبير أن يخبر الخصوم بإيداع تقريره ومحاضر أعماله قلم كتاب المحكمة في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل " وكانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات تنص على أن " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، ومفاد ذلك أن العبرة في الحكم بالبطلان هو بتحقق الغاية من إطلاعه عليه لإبداء دفاعه بشأنه ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد أطلع على تقرير الخبير للمودع أمام محكمة أول درجة وأبدى دفاعه بشأنه بصحيفة الاستئناف ، ومن ثم فقد تحققت الغاية التي كان يبتغيها المشرع من إخطاره بإيداع التقرير فلا محل للنعى عليه بالبطلان . (نقض ١٩٨١/٥/٣٠ طعن ١٢٧٠ لسنة ٥٠ق)

النص في المادة ١٦٨ من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصومه ، أو أن تقبل أوراقا من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلا " ، والنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من ذات القانون على أن " ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، يدل على أن الشارع رأى حماية لحق الدفاع منع المحاكم من الاستماع أثناء المداولة لأحد الخصوم أو وكيله في غيبة خصمه ومن قبول مستندات أو مذكرات من أحدهم دون إطلاع الخصم الآخر عليها ورتب على مخالفة ذلك البطلان وإذا ثبت تحقق الغاية التي قصد الشارع الى تحقيقها من خلال الواقعة المعروضة رغم تخلف هذا الشكل أو البيان ، فإن من التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان فإذا كان الثابت من الصورة الرسمية لمحضر جلسة ١٩٧٦/١٠/٢٨ المودعة من الطاعنة أن طرفي الخصومة حضرا بتلك الجلسة وقدم كل منهما مذكرة بدفاعه سلمت صورتها للآخر وتضمنت مذكرة المطعون ضده - المودعة ضورة رسمية منها بملف الطعن - الإشارة الى فحوى الشهادة الرسمية الصادرة من هيئة التأمينات الاجتماعية بعدم وجود مستحقات على المطعون ضده قبل الهيئة والتي قدمها بتاريخ ١٩٧٦/١٠/٢٥ والمعلنة تحت رقم ١٥ دوسيه ٢ وكان مفاد ذلك أن الطاعنة قد أحيطت علما بإيداع هذا المستند ، وأتيحت لها فرصة الرد على ما جاء بمذكرة المطعون ضده في الخصومة وذلك بتصريح من المحكمة بتقديم المذكرة خلال أسبوع من حجز الدعوى للحكم لجلسة ١٩٧٦/١١/٣٠ وقد كان في مكنة الطاعنة أن تتقدم بما قد يعلن لها من دفاع وبذلك تحققت الغاية التي قصدها الشارع بإطلاع الخصم على ما يقدمه خصمه من دفاع فلا بطلان . (نقض ١٩٨١/١/٢٦ طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ق).

وحيث أن المادة ٤٤ من قانون الإثبات تنص على أنه إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحته أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لذلك أقرب جلسة ، ومفاد ذلك أنه لا يجوز الحكم بصحة المحرر – أيا كان نوعه – وفي موضوع الدعوى معا ، بل يجب أن يكون القضاء بصحته سابقا على الحكم في الموضوع ، ولو كان قد سبق إبداء دفاع موضوعي وذلك حتى لا يحرم الخصوم الذي أخفق في إثبات تزوير المحرر من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أوجه دفاع أخرى ، كان يرى في الادعاء بالتزوير ما يغني عنها . لما كان ذلك ، وكان عجز الطاعن عن إثبات تزوير إعلان الحكم المستأنف – والذي من تاريخ حصوله يبدأ سيران ميعاد الطعن بالاستئناف بالنسبة له – لا يستتبع بطريق اللزوم أن يكون قد سقط حقه فيه ، إذ ليس في القانون ما يحول دون تمسكه ببطلان ذلك الإعلان – بعد الحكم برفض الادعاء بالتزوير لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعين عن الآخر ، وإذ قد تتعدد الأدلة على إثبات ذلك البطلان أو نفيه . لما كان ذلك.

إذ أوجب المشرع في المادة ٩١٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيق الذي حصل به البيع في الميعاد وبالكيفية التي حددها المشرع هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين اتخذاه أمام المحكمة المختصة قانونا بنظرها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة ولا محل للتحدي بأحكام البطلان في هذه الحالة التي أوجب فيها المشرع توقيع الجزاء بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا لم يتخذ الإجراء المذكور على النحو الذي أوجبه القانون .

وجوب اشتمال صحيفة الطعن على بيان موطن الخصم . م٢٥٣ مرافعات . الغرض منه . تحقق الغاية من الإجراء لا بطلان . م٢٠ مرافعات . (نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ طعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٨ق)

عدم إيداع الطاعنين صورة من المذكرة الشارحة ومن حافظة المستندات بقدر عدد المطعون ضدهم . لا بطلان متى تحققت الغاية من الإجراء ١/٢٥٥ ، ٢٦١ مرافعات . (نقض ١٩٨٣/٦/١٤ الطعون أرقان ١٩٨٣ ، ١٤٢٢ ، ١٤٩٩ لسنة ٥٢ق)

لما كان البين من الأوراق أن صحيفة الطعن أودعت قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة وأثبت فيها بيان موطن المحامي الموكل عن الطاعنين ، وكان هذا الموطن معتبرا في إعلان الأوراق اللازمة لسير الطعن عملا بالمادة ١/٧٤ من قانون المرافعات بما يجعله موطنا مختارا للطاعنين في كل ما يتعلق بالطعن ، يتحقق بذكره الغاية من بيان موطن الطاعنين في الصحيفة ، ومن ثم وبالتطبيق لحكم المادة ٢٠ من قانون المرافعات لا تبطل الصحيفة . (نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ سنة ٣١ ص٦٣٩)

وحيث أنه من المقرر أن إعلان الأوراق القضائية في النيابة بدلا من إعلانها لشخص المراد إعلانه أو في موطنه وإن كان لا يصح اللجوء إليه قبل قيام المعلن بالتحريات الكافية الدقيقة عن محل إقامة المعلن إليه ، إلا أن بطلان الإعلان لعدم كفاية هذه التحريات لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع هذا البطلان لمصلحته ، ذلك أن بطلان الخصومة لعدم إعلان أحد الخصوم إعلانا صحيحا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذي بطل إعلانه الدفع به ، ولو كان له مصلحة في ذلك أو كان موضوع الدعوى غير قابلة للتجزئة لما كان ذلك ، وكان البطلان الذي يتمسك به الطاعن وإنما يدعى حصوله في إعلان المطعون ضده الثاني بصحيفة افتتاح الدعوى ، وكان واحد ، لم ينع نية على الحكم المطعون فيه البطلات لهذا السبب ، فلا يجوز للطاعن إثارة هذا الدفع أمام محكمة النقض لافتقار صفته فيه . (نقض ١٩٨٢/١٢/٩ الطعنان رقما ٥٠٥ ، ٥٤٩ لسنة ٤٨ق).

تنص المادة ٣/١٤ من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإداري على أن " لمندوب الحاجز تأجيل البيع لأسباب جدية ، وكلما أجل البيع أثبت بأصل المحضر وبصورته .... سبب التأجيل والميعاد الجديد .... ويعلن في الوقت ذاته بهذا الميعاد كل من الحارس والمدين ، وإذا رفض المدين توقيع الورقة الدالة على إعلانه فيوقع عليها من مندوب الحاجز ومن شاهدين إثباتا لذلك " ، ومؤدى ذلك أنه يجب عند تغيير الميعاد المحدد بمحضر الحجز - بتأجيله ومن باب أولى بتعجيله - يجب إعلان الحارس والمدين به ، وقد حرص المشرع للتثبيت من حصول هذا الإعلان أن يسجل على المدين امتناعه عن توقيع الورقة الدالة على إعلانه فيوقع عليها من مندوب الحاجز وشاهدين إثباتا لحصول هذا الإعلان ثم الامتناع عن التوقيع ، وهذا الحرص من المشرع سبق أن أكده أدى إعلان محضر الحجز ذاته حين نص بالمادة ٧ من ذات القانون على أنه " إذا رفض المدين أو من ينيب عنه التوقيع على المحضر واستلام نسخة منه أثبت ذلك بمحضر الحجز وتسلم نسخة منه الى مأمور القسم أو البندر ... مع نسخة أخرى في الأماكن المنصوص عليها ... ويقوم هذا الإجراء مقام الإعلان ، ورائد المشرع في ذلك هو إتاحة الفرصة للمدين لكى يتدبر أ مره بتفادي بيع منقولاته بالوفاء أو المعاونة في المزايدة أو بالاعتراض على الإجراءات ما حسبما يراه محققا لمصلحته في هذا الصدد ، فإذا ما شاب هذه الإجراءات ما يحول دون تحقيق غاية المشرع من وجوب إتباعها ، فإنها تقع باطلة وتضحى عديمة الأثر . (نقض ١٩٨٣/١١/٢٠ الطعون أرقام ١٧٤٧ ، ١٧٤٨ ، ١٧٥٨ لسنة 51ق)

الدفع ببطلان إعلان صحيفة الطعن بالنقض. ثبوت علم المطعون ضده وتقديمه مذكرة بدفاعه في الميعاد القانوني. أثره. عدم قبول الدفع. علة ذلك. تحقق الغاية من الإجراء. (نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩ق)

ناط المشرع في القرار بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخاص بالمحاماة أمام المحاكم (أصبح الآن القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) بمجلس نقابة المحامين وباللجان التي يشكلها المجلس، تقدير أتعاب المحامي عند الخلاف على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها وذلك بناء على طلب المحامي أو الموكل ، وكان تقدير اللجنة للأتعاب في هذه الحالة يعد قضاء في خصومة ومن ثم فإن مخالفة قرارات اللجنة لأسس النظام القضائي وانحرافها عن الأصول العامة يجعل هذه القرارات باطلة . (نقض ١٩٧٤/٥/٩ سنة ٢٥ ص٨٤٠)

وحيث أن الدفع المبدي من الطاعن ببطلان الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني الذي رسمته المادة ٦٣ من قانون المرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها بغير هذا الطريق. لما كان ذلك ، وكان مؤدى الفقرة الثالثة من المادة ٣٢٠ من قانون المرافعات ، أنه في الأحوال التي يوقع فيها الحجز وفقا للقواعد العامة في رفع الدعاوى خلال ثمانية أيام من إجراء الحجز وإلا اعتبر كأن لم يكن ، وبذلك عدل المشرع - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - الحكم الذي كان واردا في المادة ٦٠٥ من قانون المرافعات السابق تعديلا اقتضاه الاتجاه لاعتبار الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب فلم يستلزم تضمين إعلان المحجوز عليه بالحجز تكليفه بالحضور لسماع الحكم بصحة الحجز ، اكتفاء بإلزام الحاجز برفع دعوى صحة الحجز بالطرق المعتادة في الميعاد المحدد لإعلانه المحجوز عليه بمحضر الحجز متى كان ذلك ، وكان المطعون عليه الأول لم يقم دعواه بثبوت الحق بصحيفة مودعة بقلم الكتاب بل طرحت على المحكمة بالجلسة التي حددها - دون موجب - رئيس المحكمة لأمر بتوقيع الحجز والتي تضمنها إعلان الطاعن (المحجوز عليه) بالحجز ، وكان تحديد الجلسة في أمر الحجز وإعلان الطاعن به على النحو السالف لا يجزى عن وجوب إتباع السبيل الذي رسمه القانون لاتصال المحكمة بالدعوى

ولا محل لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الإجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الإجراء ولو كان تعييبه راجعا لأمر من النظام العام إذ عدم استيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاءه عدم القبول وليس البطلان ، وتحقق الغاية من الإجراء - حسبما تنص على المادة ٢٠ من قانون المرافعات - لا يكون إلا بصدد جزاء البطلان ولا يتعداه الى غير ذلك من الجزاءات . لما كان ما تقدم فإنه تتوافر للدفع مقومات قبوله وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفضه فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه. (نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ سنة ٣٠ العدد الثاني ص٧١٣)

وحيث أن هذا النعى في شقه الأول مردود بأن النص في المادة ٣٠ من قانون المرافعات على أنه " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، يدل - وعلى ما أوردت بالمذكرة الإيضاحية في خصوص هذه المادة - أن المشرع قرر التفرقة بين حالة البطلان الذي يقرره القانون بعبارة صحيحة منه وحالة عدم النص عليه ، فإذا نص القانون على وجوب إتباع شكل معين أو أوجب أن تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه ، فإن الإجراء بكون باطلا - وليس على ما تقرر الشكل لمصلحته من الخصوم إلا أن يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان وأن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة في الخصومة ، فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا أو بيانا معينا فإنما يرمى الى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل أو البيان ، وإذا ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان ، فإن من بين التمسك بالشكليات القضاء بالبطلان ، ومؤدى ذلك أن ربط شكل الإجراء بالغاية منه إنما يستهدف جعل الشكل إدارة نافعة في الخصومة ، وليس مجرد قالب كالشكليات التي كانت تعرفها بعض القوانين القديمة ، هذا الى أن الشكل ليس هو الإجراء ، ذلك أن الإجراء أو العمل الإجرائي هو عمل قانوني يجب أن تتوافر فيه شروط معينة من بينها الشكل الذي يحدده القانون ، وترتيبا على ما تقدم فإنه إذا أوجب القانون توافر الشكل أو بيان في الإجراء فإن مناط الحكم بالبطلان هو التفطن الى مراد المشرع من هذه البيانات وما يستهدفه من تحقيق غاية معينة ، ولما كانت المادة ٩٣ من قانون الإثبات وإن نصت على أن " يشتمل التحقيق على البيانات الآتية : يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه ... إلا أنها لم ترتب بالبطلان جزاء على عدم إثبات إحدى هذه البيانات وكان إغفالها لا يؤدي الى تخلف غاية معينة إذ هى لا تعدو أن تكون في حقيقتها ببيانات تنظيمية ، فإن خلو محضر التحقيق الذي أجرته المحكمة منها لا يرتب البطلان . هذا فضلا عن أن البين من الإطلاع على محضر التحقيق - المرفق صورته بأوراق الطعن - أنه أثبت تاريخ إجرائه وانتهائه وهو ذات التاريخ بإحالة الدعوى الى المرافعة بعد الانتهاء من سماع الشاهدين الذين حضرا في الوقت المحدد لإجرائه ، ومن ثم فإن التمسك بالبطلان يكون في غير محله . هذا الى أن النعى في شقه الثاني مردود بأن الثابت من صدر محضر التحقيق أنه أثبت به حضور كل من المحامي الموكل عن المستأنف والمستأنف عليه ، ولما كانت المحكمة قد أحالت الدعوى على التحقيق وحددت لإجرائه تاريخا محددا وفيه أحضر المطعون عليه شاهديه وطلب الطاعن أجلا لإحضار شهوده ولم تستجب المحكمة ، وكان من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بمد ميعاد التحقيق أو تأجيله الى تاريخ لاحق وأن الأمر متروك لمطلق تقديرها ، فإنه لا جناح عليها في عدم استجابتها لما طلبه الطاعن لأن ذلك يفيد عدم قبولها عذره في عدم إعلانه شهود في الميعاد الذي كان محددا للتحقيق . لما كان ذلك ، فإن ما أثاره الطاعن في شأن ما شاب إجراءات التحقيق يكون على غير سند من الواقع أو القانون ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب غير سديد . (نقض ١٩٨٠/٥/١٠ سنة ٣١ الجزء الثاني ص١٣٢٥)

إذا كانت المادة ١٢٨ مرافعات بعد أن أجازت وقف الدعوى باتفاق الطرفين أوجبت في فقرتها الثانية تعجيلها في ثمانية الأيام لنهاية أجل الإيقاف وإلا اعتبر المدعى تاركا لدعواه والمستأنف تاركا لاستئنافه وكانت المادة ١٢ من ذات القانون قد نصت في فقرتها الثانية على أنه إذا ألغى الخصم موطنه الأصلي أو المختار ولو يخبر خصمه بذلك صح إعلانه فيه وتسلم الصورة عند الاقتضاء الى جهة الإدارة ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعن كانت قد اتخذت موطنا لها بمدينة القاهرة منذ بدء الخصومة إلا أنها قامت بتغييره أثناء فترة الوقف ولم تخطر المطعون ضده الأول بهذا التغيير فقام بتوجيه إعلان تعجيل الاستئناف إليها في موطنها المعروف له في ميعاد ثمانية الأيام التالية لنهاية أجل الوقف وإذ جاءت الإجابة بانتقالها الى الإسماعيلية وجه إليها إعلانا آخر بتلك المدينة فجاءت الإجابة بعدم الاستدلال عليها ، فقام بإعلانها أخيرا في موطنها الذي انتقلت إليه ببور سعيد وكان ميعاد التعجيل قد انقضى . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يفيد من خطئه أو إهماله وكانت المادة ٢/٢١ من قانون المرافعات لا تجيز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه إلا إذا تعلق بالنظام وكان لا يشترط لإهمال هذه القاعدة أن يكون فهل الخصم هو السبب الرئيسي أو السبب الوحيد أو السبب العادي لوجود العيب في الإجراء كما لا يشترط أن يكون هو السبب المباشر ، وكانت الطاعنة قد خالفت القانون بعدم إخطارها المطعون ضده الأول لتغيير موطنها أثناء فترة الوقف مما أدى الى تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف من الإيقاف في الميعاد المقرر في القانون فلا يكون لها أن تتمسك باعتبار المطعون ضده الأول تاركا لاستئنافه إذ لا يجوز لها أن تفيد من خطئها الذي تسببت فيه فيما شاب إجراء التعجيل من عيب . (نقض ١٩٨٣/١٢/٥ طعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٤٩ق)

لما كان عدم جواز التمسك ببطلان الإجراء من الخصم الذي تسبب فيه وفقا لنص المادة ٢١ من قانون المرافعات قاصر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - على حالة بطلان الإجراء غير المتعلق بالنظام العام أمام إذا كان الإجراء معدوما فإنه لا يرتب أثرا ويجوز لهذا الخصم التمسك بانعدام آثاره في جميع الأحوال / وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن صحيفة الاستئناف لم تعلن للمطعون ضده الأول منذ إيداعها قلم الكتاب بتاريخ ١٩٧١/٧/١ وحتى دفع الحاضر عنه بجلسة ١٩٧٤/٢/٢٤ باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فإن إعلانه يكون معدوما ، ويجوز له التمسك بهذا الانعدام وآثاره ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النهى في هذا الشأن يكون على غير أساس . (نقض ١٩٨١/١٢/٦ طعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٤ق)

حضور الخصم جلسات المرافعة بعد تنفيذ حكم التحقيق وعدم تمسكه بالبطلان الناشئ عن عدم إعلانه بهذا الحكم . اعتباره نزولا ضمنيا عن هذا البطلان لا يتعقل بالنظام العام . (نقض ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٤٨ق)

مفاد نص الفقرة الآتية من المادة ٢١ من قانون المرافعات - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن البطلان لا يجوز أن يتمسك به من تسبب فيه ، ويستوي أن يكون من تسبب في البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه كما لا يشترط أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ ، بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان الى الخصم أو من يعمل باسمه ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما أوضحا في صحيفة افتتاح الدعوى الابتدائية المرفوعة منهما ضد الهيئة الطاعنة وفي ورقة إعادة الإعلان الخاص بهذه الدعوى أنهما يقيما بشارع .... ولما وجهت الهيئة إليهما الإعلان بصحيفة استئناف على هذا العنوان أثبت المحضر المكلف بإجرائه أنهما غير مقيمين به بل أن محل إقامتها كائن ... فوجهت إليهما الإعلان بتلك الصحيفة في هذا العنوان الأخير

لكن المحضر أثبت فيه أنه لم يستدل عليهما ولا يوجد لهما أى موطن به ، كما أن الهيئة الطاعنة استعانت بضابط الشرطة المختص للتحري عن محل إقامة المطعون ضدهما فأخطرها بذات بيانات المحضر الواردة في الإعلانين المشار إليهما ، مما أدى الى إعلانها المطعون ضدهما بصحيفة الاستئناف – أودعت قلم الكتاب بتاريخ ٥ من أغسطس سنة ١٩٧١ – في مواجهة النيابة العامة يوم ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٧١ فدفع المطعون ضدهما باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانهما بصحيفته إعلانا صحيحا خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداعها قلم الكتاب ، بمقولة أن محل إقامتهما بمصنع البساتين لتصدير الأثاث التي تلتزم الهيئة بإعلانهما فيه بتلك الصحيفة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بقبول ذلك الدفع واعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيسا على بطلان إعلان المطعون ضدهما في مواجهة النيابة العامة بغير الرد على دفاع الهيئة الطاعنة الذي أبدته أمام المحكمة الاستئنافية بعدم أحقيتهما في التمسك بهذا البطلان بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٢١ من قانون المرافعات ، حالة أنه دفع جوهري قد يتغير به وجه الرأى في الاستئناف فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور في التسبيب .
(نقض ١٩٨٠/٥/٣١ سنة ٣١ الجزء الثاني ص١٦١٩)

الدفــع بعــدم قبــول الدعــوى :

تعريف الدفع بعدم القبول :

وسيلة دفاع يرمى الى إنكار سلطة المدعى في استعمال الدعوى ، فهو موجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان استعمالها جائز أم غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة اللازمة لقبول الدعوى أو لعدم توافر شرط من الشروط الخاصة المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة .

فيلاحظ من هذا التعريف أن الدفع بعدم القبول له طبيعة تميزه عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية لأنه لا يوجه الى ذات الحق المدعى به فلا يعد دفعا موضوعيا ، ولا يوجه الى إجراءات الخصومة فلا يعد دفعا شكليا ، وإنما يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه .

فالخصم بهاذ الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت هذه الشروط من الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر لسماع دعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع .

والخلاصة أن هذا الدفع موجه الى الدعوى التي يرفعها المدعى لحماية حقه ، ومن ثم يتعين علينا أولاً تعريف الدعوى وبيان شروط قبولها وحالات الدفع بعدم قبولها .

أولاً : التعريف بالدعوى:

الدعوى هى سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته.

العلاقة بين الدعوى والحق الذي تحميه :

فالدعوى هى سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته والحق هو مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون . فالحق والدعوى يولدان معا وتبقى الدعوى ما بقى الآخر . فكل حق تحميه دعوى ، وموضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق .

فالدعوى هى اعتراف من جانب المشرع بمنفعته ما وعد بحمايتها إذا ما اعتدى عليها .

ثانياً : شروط قبول الدعوى :

فالشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى هى أن تستند إلى حق وإلى مصلحة وأن يكون رافعها أهلا للتقاضي ذا صفة في رفعها ، وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها .

المصلحة شرط لقبول الدعوى :

لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدف ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه . (م٣ مرافعات)

هذه القاعدة من القواعد الأصولية المسلم بها في الفقه والقضاء ، ويعبر عن هذه القاعدة بأنه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة .فالمصلحة هى مناط الدعوى ، ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له ، أما حيث لا تعود من رفع الدعوى فائدة على رافعها فلا تقبل دعواه .

وقد أخذت محكمة النقض في بعض أحكامها باعتبار المصلحة الشرط الوحيد لقبول الدعوى واعتبار الصفة تعبيرا عن شرط كون المصلحة شخصية مباشرة فقضت بأن " تقدير قيام المصلحة أو انتفائها بخصائصها المقررة في فقه القانون وهى اتصالها بشخص صاحبها اتصالا مباشرا ، وقيامها قياما حالا ، واستنادها الى القانون يقتضي من المحكمة اتصالا بموضوع الدعوى متمثلا في عنصر أو أكثر من عناصرها الثلاثة وهى الخصوم والمحل والسبب من أجل ذلك فإن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من شأن الحكم بعدم قبول الدعوى تستنفذ به المحكمة التي أصدرته ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى مما ينتقل معه الحق في الفصل فيها من جديد الى محكمة الاستئناف في حالة الطعن في الحكم لديها (١٩٨٠/٤/٢٦ طعن ١٥٢ سنة ٤١ق – م نقض م – ٣١ – ١٢٢٣) ولكنها قالت في العديد من أحكامها على التعبير بالصفة بشرطه الفقهي في المصلحة من أن تكون شخصية مباشرة .

ويختلف تعريف المصلحة إذا نظر إليها من خلال الغاية من رفع الدعوى عما إذا نظر إليها من خلال الباعث لى رفعها ، فإذا نظر إليها من خلال الغاية من رفع الدعوى ، فإنها تكون الحاجة الى حماية القانون لأنها ترتبط بالاعتداء على الحق أو التهديد بالاعتداء عليه ، أما إذا نظر إليها من خلال الباعث أو الدافع الى رفع الدعوى فإنها تكون المنفعة التي يجنيها المدعى من جراء الحكم له بطلباته ، ومن هنا جرى جانب من الفقه في تعريف المصلحة الى الجمع بين المعيارين فعرفها بأنها الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء ، والمنفعة التي يحصل عليها المدعى من تحق هذه الحماية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إن المصلحة في الدعوى هى الفائدة أو المنفعة العملية التي تعود على المدعى من الحكم له بطلباته فحيث تتوافر للمدعى فائدة أو منفعة من جراء الحكم له بطلباته تتوافر لخ المصلحة في الدعوى وحيث لا تتوافر له هذه الفائدة أو المنفعة ينتفي شرط المصلحة كشرط لقبول الدعوى وقضت بأنه يشترط لقبول الخصومة أمام القضاء يقام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي حتى تعود على المدعى منفعة من اختصام المدعى عليه للحكم عليه بطلبه ، مما وصفته المادة الرابعة من قانون المرافعات السابق (مطابقا للمادة الثالثة من القانون الحالي) الذي أقيم في ظله بأنه المصلحة التي يقرها القانون ولا يخرج الطعن بالنقض على هذا الأصل ، فلا يكفي الطعن لقبوله مجرد أن يكون المطعون عليه طرفا في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، بل يجب أيضا أن يكون قد نازع خصمه أمامه أو نازعه خصمه في طلباته هو "(١٩٧٢/٥/١٦ – م نقض م – ٢٣ – ٩٣٣ – ١٩٧٥/١٢/٢ – م نقض م – ٢٦ – ١٥٣٧ – ١٩٤٧/١٢/١١ –م نقض م – ١٣ – ٦٢٣).

فالدعوى إذن لا تقبل إلا إذا كانت هناك فائدة تعود على رافعها من الحكم فيها ، فإن تحققن المحكمة من عدم توافر هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ، لأن القضاء مرفق عام شرع للفصل في الخصومات ذات النتائج المرجوة ، ولا محل لتعطيله بالفصل ف خصومات عديمة الجدوى وإلا تأثرت العدالة بالنسبة لقضايا الأخرى ، وكل اتفاق على طرح خصومة عديمة الجدوى على القضاء هو اتفاق باطل لمساسه بالنظام العام ، ثم من ناحية منطقية يلاحظ أن الدعوى في العصور الحديثة قد حلت محل القول لحماية الحق ، وطالما أن القوة لا تستعمل إلا عند الاعتداء على الحق فمن الطبيعي أيضا أن الدعوى لا تستعمل إلا إذا اعتدى عليه .

أما الفقه الحديث فيذهب الى إنكار المصلحة كشرط لقبول الدعوى إذ يعتبرها مضمون الحق في الدعوى ومادامت هى العنصر الداخلي في الدعوى فلا يمكن أن تكون شرطا لنشأتها ، ويرى أن الجوهري أن يقع اعتداء على الحق المدعى به على نحو يحرم صاحبه من منافعه حرمانا يحتاج الى حماية القضاء بتطبيق جزاء قاعدة قانونية.(في تفصيل ذلك راغب ص١١٧ وما بعدها - أبو الوفا في المرافعات بند ١١٣ وهامشه - وقارن الشرقاوي في المرافعات بند ٢٣ وما بعدها وفي رسالته بند ٤٣)

ويجب أن تتوافر في المصلحة ثلاثة خصائص أساسية هى :

(١) أن تكون مصلحة قانونية : ويعني ذلك أن تستند الى حق مركز قانوني ، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني بتقريره إذا توزع فيه أو دفع العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك ، ويستوي أن تكون المصلحة مادية أو أدبية أو جدية أو تافهة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " والمقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق المدعى به مما وصفته المادة الثالثة من قانون المرافعات بأنه المصلحة التي يقرها القانون ، ومفاد ذلك أن مجرد توافر مصلحة للمدعي في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه مادامت هذه المصلحة لا تستند الى حق له يحميه القانون ، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن رابطة الزوجية التي قامت بين الطاعنة الأولى وبين المطعون ضده قد انفصمت عراها بصدور حكم نهائي بتطليقها منه وبذلك تنقضي العلاقة بالتي كانت قائمة بينهما ويعتبر كل منهما أجنبيا عن الآخر ولا يحق لأيهما التعرض للآخر في علاقاته الزوجية المستقبلية ، ومن ثم لا تكون للمطعون ضده صفة في طلب إبطال زواج مطلقته المذكورة من الطاعن الثاني ، ولا يغير من ذلك ارتباط هذا الزوج به بقرابة قريبه باعتباره ابن أخت له - وهو ما تحرمه شريعة الأقباط الإنجليين طالما أن هذه القرابة لم تكسبه حق الولاية عليه التي لا يكون له بدونها شأن في طلب إبطال زواجه أيا كانت أوجه البطلان المدعى بها ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صف المطعون ضده في إقامتها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٨١/٢/١٧ طعن ٨ سنة ٥٠ق - الخمسين عاما المجلد الثالث ص٣١٨٠ بند ٢٦١)

وإذا زالت المصلحة بعد رفع الدعوى فأغلب الفقه ذهب الى أن الدعوى تصبح غير مقبولة (الشرقاوي في رسالته بند ٣٧٤ - راغب ص١٢١ - وقارن أبو الوفا في المرافعات هامش ص١١٨ حيث يرى أن زوال المصلحة بعد رفع الدعوى لا يؤدي الى عدم قبولها وإنما يوجب على المحكمة أن تبحث موضوع الدعوى في ضوء الوضع الجديد) ، فقضت محكمة النقض بأنه زوال المصلحة بعد رفع الدعوى لا يحول دون قبولها " (١٩٨٦/٢/١٣ طعن ٩٦١ سنة ٥٢ق - ١٩٧٧/٦/٨ في الطعن ٣٩٢ لسنة ٤٤ق)

وبأنه يكفي لقبول الطعن في الحكم أن تتوافر للطاعن المصلحة في الطعن فيه عند صدور الحكم المطعون فيه ولو زالت هذه المصلحة بعد ذلك فقضت محكمة النقض بأنه " يكفي لتحقق المصلحة في الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قيامها وقت صدور الحكم المطعون فيه فلا يحول دون قبوله زوالها بعد ذلك ، وإذ كان القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٩ - الذي ألغى القرارات الخاصة منح بدل طبيعة العمل ومنع المطالبة بصرفة عن الفترة السابقة على صدوره - قد صدر في تاريخ لاحق للقرار المطعون فيه الذي صدر من هيئة التحكيم برفض طلب الاستمرار في صرف هذا البدل - فإنه يتعين رفض الدفع بعدم قبوله الطعن لانتفاء المصلحة " (١٩٧١/١/٦ - م نقض م - ٢٢ - ٢٣ - ١٩٧٤/٣/٢ - م نقض م - ٢٥ - ٤٥٩ - ١٩٧٦/١/٢٣ - م نقض م - ٢٧ - ٢١٣ - ١٩٧٦/٦/٢٣ - م نقض م - ٢٧ - ١٤٠٥ - ١٩٨٥/٢/٤ طعن ١٥٩٨ سنة ٤٩ق - ١٩٩٣/٥/١٨ في الطعن ٢٠٦٩ سنة ٦٢ق)

(٢) أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة : وهو ما يعبر عنه بالصفة في رفع الدعوى ، ويذهب بعض الفقه الى أن الصفة تعتبر شرطا قائما بذاته من شروط قبول الدعوى مستقلا عن شرط المصلحة .

فالأصل أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المدعى به إلا إذا خول القانون غيره مباشرة الدعوى كالدعوى غير المباشرة حيث خول القانون المدني للدائن أن يباشر دعوى مدنية قبل الغير .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني المدعى به ، ومن ثم فإنه يلوم لقبولها توافر الصفة الموضوعية لطرفى هذا الحق ، بأن ترفع ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها " (١٩٨٧/١/٤ طعن ٨٦٤ سنة ٥٣ق - م نقض م - ٣٨ - ٦٧)

(٣) أن تكون المصلحة قائمة : ويقصد بالمصلحة القائمة أن يكون لرافع الدعوى أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته برفع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل أو حصلت منازعة بشأنه ، فيحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء الى القضاء ، وعلى ذلك فلا تقبل دعوى المطالبة بدين لم يحل أجله بعد ، فلا تقبل دعوى إثبات حالة ضرر لم يتحقق بعد أى أنه يتعين أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل فلا يكفي الضرر المحتمل إلا في الحالات التي حددها النص وهى تنقسم الى طائفتين تضم أولاهما الدعاوى التي يقصد بها الاحتياط لدفع ضرر محدق كدعوى قطع النزاع ودعوى وقف الأعمال الجديدة وتضم الطائفة الثانية الدعاوى التي يقصد منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه كدعوى إثبات الحالة (المادتان ١٣٣ ، ١٣٤ من تقنين الإثبات الجديد) ودعوى سماع الشهود (مادة ٩٦ من تقنين الإثبات الجديد) ودعوى تحقيق الخطوط الأصلية (مادة ٤٥ من تقنين الإثبات) ودعوى التزوير الأصلية (مادة ٥٩ من تقنين الإثبات) ويشترط في دعوى الاستيثاق بصفة عامة - فضلا عن الشروط المنصوص عليها في خصوص كل دعوى - توافر أربعة شروط أولها أن تكون الواقعة مما يجوز إثباته بالطريق الذي يطلبه المدعى ، وثانيها أن يكون النزاع حول أصل الحق محتملا ، وثالثها أن يكون من المحتمل ضياع معالم الواقعة محل الإثبات ورابعها أن تكون الواقعة محل الإثبات متصلة بالنزاع حول أصل الحق ومنتجه فيه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين الأول : الاحتياط لدفع ضرر محدث والثاني : الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقهما في الأخذ بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منهما بطلب صورية هذا العقد فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة (١٩٧٩/١/٢٥ - م نقض م - ٣٠ العدد الأول - ٣٨١ - ١٩٨٥/١/٢٢ طعن ٩٢١ سنة ٥١ق)

وبأنه لا يحدد القانون الدعاوى التي يجوز رفعها وإنما يشترط لقبول الدعوى أن تكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون وتكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لرفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زواله دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحو التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما الى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصلحة لهما في الحصول على الحكم لأن البيع تم وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكنا قبل التسجيل منق يد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكلييف الأطيان لا ينتقل الى اسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب على الأطيان ، وكان يبين من الحكم الابتدائي الذي أيده وأحال الى أسبابه الحكم المطعون فيه ، أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا الى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفي الحكم وجود مصلحة للطاعنين في إقامة دعواهما فإنه يكون قد أخطأ في القانون مما يوجب نقضه " (١٩٧٦/٢/٢٦ طعن ٢٤٦ سنة ٤٠ق - م نقض م - ٢٧ - ٥١٢) وبأنه " المصلحة في الدعوى - وعلى ما تقضي به المادة الثالثة من قانون المرافعات - لا تهدف الى حماية الحق واق قضائه فحسب ، وإنما قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعى لحقه بحيث لا يلزم أن يكون له حق ثابت وقع عليه العدوان حتى تقبل دعواه ، بل يكفي حتى تكون دعواه جديرة بالغرض أمام القضاء أن يكون ادعاؤه مما يحمي القانون وتعود عليه الفائدة من رفع الدعوى به " (١٩٨٢/٥/٢٧ طعن ١٢٥٣ سنة ٤٧ق - الخمسين عاما الجزء الثالث - ٢١٩٣ بند ٢٩٩ - ١٩٤٧/١٢/١١ - م نقض م - ١٣ - ٦٢٣) وبأنه " ما لم يدع الوارث حقا حالا يقتضي الدفاع عنه إبطال إقرار صادر من مورثه فإن دعواه ببطلان هذا الإقرار تكون غير مقبولة لانتفاء المصلحة ، مثال ذلك دعوى الوارث بإبطال إقرار مورثه بملكية الغير لمال لا يدعى الوارث أنه ملك المورث " (١٩٤٧/١٢/١١ طعن ٩٠ سنة ١٦ق - الخمسين عاما المجلد الثالث - ٣١٨٤ بند ٢٦٩) وبأنه " يلزم في الدعوى أن يكون لرافعها صفة في رفعها وأن تكون له مصلحة في ذلك ، فالدعوى التي ترفعها الزوجة حال حياة زوجها لإبطال التصرف الحاصل منه لبعض أولاده لأنه قصد به الخروج عن أحكام الميراث لا تكون مقبولة إذ الصفة والمصلحة لا تتحققان لها في رفع الدعوى مادام زوجها حيا والقول بأن القانون يجيز لكل ذي شأن أن يتمسك ببطلان العقد بطلانا أصليا لا يصدق على هذه الحالة ، لأن التمسك بالبطلان لا يكون إلا بعد رفع الدعوى ممن تتحقق فيه الصفة والمصلحة من رفعها ، كأن يكون له حق حال تقتضي المحافظة عليه إبطال العقد فيطلب إبطاله ولو لم يكن طرفا فيه " (١٩٣٧/١/٢٨ طعن ٥٣ سنة ٦ق - الخمسين عاما المجلد الثالث - ٣١٨٣ بند ٢٦٨)

فإذا لم تكن المصلحة قائمة أو محتملة على النحو السالف ، كانت غير مقبولة (١٩٨٩/١/١٥ طعن ١٣٢ سنة ٥٦ق - ١٩٧٩/١/٢٥ - م نقض م - ٣٠ - ٣٨١)

أحكام النقض :

إذ كانت المصلحة في الدعوى لا تهدف الى حماية الحق واقتضائه فحسب بل قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعى لحقه بحيث لا يلزم أن يثبت الحق له حتى تقبل دعواه بل يكفي أن تكون له شبه حق حتى تكون دعواه جديرة بالغرض أمام القضاء فقد أجاز المشرع تأسيسا على ذلك بالمادة ٢٩١ من قانون المرافعات لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها ، وذلك قبل أن يتمسك بالورقة في مواجهته ويكون ذلك بدعوى تزوير أصلية تقتصر مهمة المحكمة فيها على القضاء بصحة الورقة أو تزويرها .

المصلحة المباشرة هى مناط الدعوى بحيث لو تخلفت كانت الدعوة غير مقبولة . (الطعن رقم ١٥ سنة ٣٦ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٨/١١/٢٧ س١٩ ص١٤١٤):

يشترط لقبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي حتى تعود على المدعى منفعة من اختصام المدعى عليه للحكم عليه بطلبه مما وصفته المادة الرابعة من قانون المرافعات السابق الذي أقيم الطعن في ظله بأنه المصلحة التي يقرها القانون ولا يخرج الطعن بالنقض على هذا الأصل فلا يكفي لقبوله مجرد أن يكون المطعون عليه طرفا في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بل يجب أيضا أن يكون قد نازع خصمه أمامها أو نازعه في طلباته هو . (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩٣٣)

إذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي ، وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني والتي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة فسخه مما يقتضي أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع في ذلك الأحكام الواردة في المادة ٥٣٢ من القانون المدني وما بعدها ، وقبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته في راس المال لأن هذه التصفية هى التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء ، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده في خصوص استرداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان . (الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٣ س٢٠ ص٩٢٩)

لا تقبل دعوى التزوير إلا بعد أن تقف المحكمة على ما يكون لها من أثر في النزاع المطروح فإن وجدته منتجا قبلت الدعوى وإلا قضت بعدم قبولها . (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ س٢١ ص٤٩):

إجراءات الحجز والبيع الإداريين بحكم القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ ، في شأن الحجز الإداري وقد حدد قانون الحجز الإداري في المادة ٤٠ منه وما بعدها إجراءات التنفيذ على العقار ، وحدد الأشخاص الذين يعلنون منه ويصبحون بالتالي طرفا فيها ولما كان مشترى العقار من المدين بعقد غير مسجل ليس من بين هؤلاء فإن طلب الطاعن – المشتري – إبطال الإجراءات في هذه الحالة لن يحقق له إلا مصلحة مادية لا تكفي لقبول الدعوى مادامت لا تستند الى حق يحميه القانون ، ولا يجدى الطاعن تمسكه بأن المصلحة المحتملة تكفي إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق ، لأن هذا النعى بدوره يفترض قيام حق تدعو الضرورة الى حمايته . (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٢ س٢١ ص١٤٩)

إذا كان البين من وقائع الدعوى أنه لم تبد من إحدى المطعون عليهما أية منازعة للطاعن أمام محكمة الموضوع ، كما لم يوجه هو إليها طلبات ما ، فإنه لا تكون للطاعن مصلحة في اختصاصها أمام محكمة النقض ، مما يوجب الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة إليها ، دون أن يغير من هذا النظر أن يكون المطعون عليه الآخر قد طلب الحكم على الطاعن وتلك المطعون عليها متضامنين . (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ س٢٣ ص٩٣٣)

إنه وإن كان الحكم المطعون فيه قد ذهب الى أنه يتعين إقامة الطعن في قرار اللجنة - الصادر في شأن الضريبة العامة على الإيراد - بورقة تكليف بالحضور لا يعرضه تودع قلم الكتاب على الرغم من أن هذه المسألة لم يثرها أحد من الخصوم ، إلا أنه لم يكن لهذا القول من أثر على قضائه ، إذ انتهى الى تأييد الحكم المستأنف - الذي قضى بصحة إقامة الطعن بطريق إيداع العريضة - عملا بقاعدة عدم مضارة المستأنف باستئنافه ، ومن ثم يكون النعى غير منتج لانطوائه على مصلحة نظرية محضة .

لا يكفي فيمن يختصم في الطعن أن يكون طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ، بل يجب أن يكون له مصلحة في الدفاع عن الحكم حين صدوره ، ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن اختصم المطعون عليهما الثامنة والتاسعة (وزارة الإصلاح الزراعي وإدارة الأموال المصادرة) أمام محكمة الموضوع ليصدر الحكم في مواجهتهما ، وأن المطعون عليهما سالفتى الذكر قد وقفتا من الخصومة موقفا سلبيا ، وقررتا أنه لا صلة لهما بعين النزاع ، طلبتا إخراجهما من الدعوى ولم يحكم بشيء عليهما وكان الطاعن قد أسس طعنه على أسباب لا تعلق لها إلا بالطعون عليهم السبعة الأول والأخير ، فإنه لا يقبل اختصامهما في الطعن . (الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٢ س٢١ ص١٢٧٢ ، الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ س٢١ ص١٣٤٤)

الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وفي حدود هذه المصلحة وإذا كان المطعون ضدهم إذ طعنوا على العقد الصادر من البائع الى الطاعن المتدخل في الدعوى المرفوعة منهم بطلب صحة العقد الصادر من نفس البائع لمورثتهم - بالصورية إنما قصدوا الى إهداره في خصوص القدر البالغ مساحته ... الداخل في القدر الذي اشترته مورثتهم ، والمرفوعة به الدعوى ، وذلك ابتغاء إزالة العائق الذي يحول دون تحقق أثر هذا العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع بالصورية وقضى في أسبابه بقبول هذا الدفع ، ورتب على ذلك قضاءه للمطعون ضدهم بصحة العقد الصادر الى مورثهم ، فإن مؤدى ذلك هو عدم إهدار العقد الصادر الى الطاعن إلا بالنسبة للقدر البالغ مساحته ... دون ما جاوزه من القطع الأخرى المبيعة إليه . (الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ س٢٥ ص٢١٦)

تظهير السند الإذني يحاج به محرر السند ويطهره من الدفوع التي يملكها في مواجهة الدائن المظهر وذلك متى كان التظهير صحيحا صادرا من صاحبه فإن كان التظهير مزورا فإنه يكون لمحرر السند مصلحة في الادعاء بتزوير التظهير لتفادي قاعدة التظهير يظهر السند من الدفوع . (الطعن رقم ٦٠٣ جلسة ١٩٧٥/١/٨ س٢٦ ص١٣٥)

دعوى صحة التوقيع هى دعوى تحفظية الغرض منها إثبات أن التوقيع الموضوع على المحرر هو توقيع صحيح صادر من يد صاحبه ، ويكفي لقبول الدعوى وفقا لما تقضي به المادة الثالثة من قانون المرافعات أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون ، ولما كان الحكم في الدعوى - السابقة - برفض طلب الطاعن صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه لبطلانه لا ينفي أن للطاعن مصلحة في الحصول على حكم بصحة التوقيع على عقد البيع المشار إليه ذلك أن بطلان هذا العقد يترتب عليه طبقا للمادة ١/١٤٢ من القانون المدني أن يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فيسترد كل متعاقد ما أعطاه ، مما يكون معه للطاعن مصلحة في طلب إثبات صحة توقيع المطعون عليه على المحرر سالف الذكر . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أنه لا مصلحة للطاعن في رفع دعواه بصحة التوقيع على عقد البيع الصادر إليه من المطعون عليه بعد أن حكم ببطلان هذا العقد ورتب على ذلك قضاءه بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون

إذ كان الثابت مما سجله الحكم المطعون فيه الصادر بعدم جواز استئناف الطاعنة الثانية لحكم مرسى المزاد أن الطاعنة المذكورة استأنفت الحكم الصادر برفض دعواها الفرعية باستحقاق العقار المنفذ عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ، وأنه قضى في هذا الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف ، فإنه بذلك تكون قد انقطعت صلتها بالعقار للمنفذ عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فإن تعود عليها أية فائدة من وراء الطعن – على ذلك الحكم – على فرض صحته ، وإذ كان المطعون ضده الأول قد تمسك بانعدام مصلحة الطاعنة الثانية في الطعن ، وكان لا يقبل طعن لا تكون للطاعن مصلحة فيه وقت صدور الحكم المطعون فيه ، فإنه يتعين عدم قبول الطعن من الطاعنة الثانية . (الطعن رقم ٥٩٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٣/٢٦ س٢٦ ص٦٧٥)

إذ كان شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع لتقاضي حتى تعود على المدعى منفعة من اختصام المدعى عليه للحكم عليه بطلبه مما وصفته المادة الثالثة من قانون المرافعات بأنه المصلحة القائمة التي يقرها القانون ، وكان الطعن بالنقض لا يخرج على هذا الأصل ، فإنه لا يكفي لقبوله مجرد أن يكون المطعون عليه طرفا في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، بل يجب أيضا أن يكون قد نازع خصمه أمامها في طلباته أو نازعه خصمه في طلباته هو . (الطعن رقم ٨ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣ س٢٦ ص١٥٣٧)

لما كان استلزام تمثيل الوليد القاصر بوصى خصومة – في دعوى النسب تطبيقا للمادة ٩٠٦ مرافعات – قصد به رعاية حقوق ناقصي الأهلية مخافة تعارض صوالحهم أثناء سير الدعوى مع منكر النسب أو مدعيه ، وكان البين من الإطلاع على الأوراق أن الصغيرة المنكور نسبها مثلت في الدعوى أمام محكمة أول درجة بالمطعون عليه الأخير باعتباره وصى خصومة إعمالا لحكم المادة ٢/٩٠٦ من قانون المرافعات وإذ استأنفت الطاعنة وحدها الحكم الابتدائي واختصمن وصى الخصومة في مرحلة الاستئناف الذي قدم مذكرة بانضمامه إليها يف دفاعها وطلباتها فإن مصلحة الطاعنة – الأم – في إقامة الطعن الماثل بادية ولا يرتب على عدم مشاركة وصى الخصومة لها في رفعه صيرورة الحكم نهائيا بالنسبة للصغيرة للارتباط الوثيق بين حق الأم وحق الصغير ، ويكون الدفع – بعدم قبول الطعن – غير وارد . (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/٢٦ س٢٦ ص٤٨٣)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد رمى بقضائه وبحسب صريح أسبابه الى رفض الطاعنين موضوعا ، وكان الاتفاق المتضمن تنازلهما عن الدعوى الابتدائية هو بذاته مدار الخصومة القائمة بين الطرفين ، فإنه يكون للطاعنين مصلحة في النعى على قضاء الحكم المطعون فيه ومن ثم يتعين رفض الدفع (المبدي من المطعون ضدهما بعدم قبول الطعن بدعوى انتفاء مصلحة الطاعنين فيه لسبق تنازلهما كتابة عن الدعوى الابتدائية) . (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٩ س٢٧ ص١٢٨)

مفاد نصوص المواد ٣٧ ، ٣٧ ، ١١٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ أن المشرع أقام قرينة مؤداها أن وجود نقص في مقدار البضائع المنفرطة أو عدد الطرود المفرغة من السفينة أو في محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن يفترض معه أن الربان قد عربه الى داخل البلاد دون أداء الضريبة الجمركية ، مما يخول مصلحة الجمارك الحق في اقتضاء الضرائب والغرامات المبينة في المادة ١١٧ من ذلك القانون ، وهو حق ناجز غير معلق على شرط ويتوافر به شرط المصلحة الحالة اللازمة لقبول الدعوى

وإذا كان القانون قد أجاز في المادتين ٣٧ ، ٣٨ لربانية السفن أو ممن يمثلونهم نفى مظنة التهريب عن طريق إثبات أن الطرود سلمت بحالة ظاهرية سليمة ، أو تبرير أسباب النقص على النحو المبين في المادة ٣٨ أو الإفادة من نسبة التسامح التي صدر بها قرار من مدير عام مصلحة الجمارك بالنسبة للبضائع المنفرطة أو النقص الجزئي في البضاعة الناشئ من عوامل طبيعية أو نتيجة ضعف في الغلافات فإن ذلك جميعه لا يعدو أن يكون دفوعا موضوعية يستطيع أن يتمسك بها ذو الشأن لدفع دعوى مصلحة الجمارك ولا صلة لها بشرط قبول الدعوى في ذاتها ، وإذ كان للمدعى عليه أن يتمسك بالدفوع الموضوعية بمجرد نشأة الحق الذي تستند إليه وفي أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ، وكان الثابت أن الشركة المطعون ضدها - الناقلة - قد دفعت دعوى مصلحة الجمارك بأن من حقها الإفادة من نسبة التسامح المشار إليها في المادة ٣/٣٧ من قانون الجمارك والتي صدر بتحديدها قرار مدير عام الجمارك رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذي نشر في الجريدة الرسمية ونفذ قبل الفصل نهائيا في الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى عدم قبول دعوى مصلحة الجمارك لرفعها قبل الأوان ، يكون قد خلط بين شروط قبول الدعوى وبين دفوع المدعى عليه فيها ، وأخطأ بالتالي في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٥٢٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٩ س٢٦ ص١٧١٨)

لئن كان يجوز للمدين المتضامين أن يتفق مع غيره من المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل لدين محل التضامن ، إلا أنه لا يجوز لغير من المدينين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن ، ولا يغني عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام ، وإذ كانت صورة الدعوى كما أثبتها الحكم المطعون فيه أن البنك - الدائن - استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم أحكاما بإلزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فأقام الطاعن الأول - دعواه بإلزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له قيمة هذا الدين من تركة مورثهم استنادا الى إقرار المورث بالتزامه وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الإقرار الصادر منه ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان تأسيسا على أنه لم يثبت أن الطاعن الأول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك - الدائن - قد نفذ على أمواله بهذا الدين ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه . (الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣ س٢٧ ص١٠٥٦)

لا يحدد القانون الدعاوى التي يجوز رفعها ، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون ، وتكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطاعنان قد طلبات بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما الى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصلحة لهما في الحصول على الحكم ، لأن البيع تم وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكنا قبل التسجيل منق يد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل الى اسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان ، وكان يبين من الحكم الابتدائي - الذي أيده وأحال الى أسبابه الحكم المطعون فيه - أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا الى أن البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفي الحكم وجود مصلحة للطاعنين في إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يوجب نقضه . (الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦ س٢٧ ص٥١٢)

إذ كان القول بتعذر تنفيذ رغبة الموصى بعلاج فقراء الطائفة اليهودية - في المستشفى الإسرائيلي بعد أن آلت ملكيتها الى القوات المسلحة - لا يصادف إلا بعد وفاة الطاعنة والبدء في تنفيذ الشق الثاني من الوصية ، فإن التذرع بسبب النعى يكون سابق لأوانه . (الطعن رقم ٧ لسنة ٤٣ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٩ س٢٨ ص٢٧٦)

المستقر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز الطعن في الحكم من كل من كان طرفا في الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ولم يتخل عن منازعته حتى صدر الحكم ضده ، وكان يكفي لتحقق المصلحة في الطعن قيامها وقت صدور الحكم ولا عبرة لزوالها من بعد . لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي قد قضى برفض دعوى المطعون عليه الأول - شركة التأمين بطلب إخلاء العين المؤجرة من الباطن - فإنه يضحى سديدا ما خلص إليه الحكم المطعون فيه من أن له صفة ومصلحة في طعنه عليه بطريق الاستئناف واستمراره في مباشرته حتى يقضى فيه ، لا يغير من ذلك انتقال الحق الذي أقيمت به الدعوى الى آخر . لما كان ما تقدم ، وكان البين من الأوراق أن ملكية العقار الكائن به العين المؤجرة قد عادت الى المطعون عليهم من الثاني للخامس بعد صدور الحكم الابتدائي بالتطبيق لأحكام كل من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧١ بتصفية الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الخاضعين لأحكام القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ وكذلك القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بشأن تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة ، فإنه يحق لهم التدخل في الاستئناف منضمين الى المستأنف في طلباته ولا تأثير لثبوت حوالتهم عقد الإيجار الى المشترية للعقار في تاريخ لاحق للتدخل ، طالما كانت مصلحتهم قائمة عنه حصوله ، وطالما كان المحيل ضامنا الحق المحال للمحال إليه ، مما يقتضيه الدفاع عنه والإبقاء عنه والإبقاء عليه بالحالة التي كان عليها وقت الحوالة .

المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين الأول : الاحتياط لدفع ضرر محدق ، والثاني : الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقهما في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منهما بطلب صورية هذا العقد - فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة - رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة . (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥ س٣٠ ع١ ص٣٨١)

المقرر في قضاء محكمة النقض أن شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق المدعى به مما وصفته المادة الثالثة من قانون المرافعات بأن المصلحة التي يقرها القانون ، ومفاد ذلك أن مجرد توافر مصلحة للمدعى في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه مادامت ذهه المصلحة لا تستند الى حق له يحميه القانون ، ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن رابطة الزوجية التي قامت بين الطاعنة الأولى وبين المطعون ضده قد انقصمت عراها بصدور حكم نهائي بتطليقها منه وبذلك تنقضي العلاقة التي كانت قائمة بينهما ويعتبر كل منهما أجنبيا عن الآخر ولا يحق لأيهما التعرض للآخر في علاقاته الزوجية المستقبلة ، ومن ثم لا تكون للمطعون ضده صفة في طلب إبطال زواج مطلقته المذكورة من الطاعن الثاني / ولا يغير من ذلك ارتباط هذا الزوج به بقرابة قريبة باعتباره ابن أخت له - وهو ما تحرمه شريعة الأقباط الإنجليين - طالما أن هذه القرابة لم تكسبه حق الولاية عليه التي لا يكون له بدونها شأن في طلب إبطال زواجه أيا كانت أوجه البطلان المدعى بها ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المطعون ضده في إقامتها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/١٧).

الأصل أن المصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساسا للطعن بالنقض متى كان الطاعن لا يحقق أى نفع من ورائها فلا يقبل الطعن على حكم صدر وفق طلبات الطاعن بدعوى تعديل بعض الأسباب التي لم تصادف هوى في نفسه إلا أن شرط القول بعدم توافر المصلحة المؤيدة الى عدم جواز الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وجوب أن يكون الحكم محققا لمقصود الطاعن ومتمشيا مع المركز القانوني الذي يدعيه بما يترتب عليه من آثار بحيث لا يكون من شأنه إنشاء التزامات جديدة أو الإبقاء على التزامات يريد التحلل منها أو حرمانه من حق يدعيه ، سواء وردت هذه القيود في منطوق الحكم أو أسبابه طالما كانت هذه الأسباب هى جوهر القضاء ولبه ولا يستقيم الحكم بغيرها وتعتبر بهذه المثابة مكملة للمنطوق . لما كان ذلك ، فإنه وإن كان منطوق الحكم المطعون فيه قد جرى في ظاهره لصالح الطاعنة المستأجرة حين قضى برفض دعوى المؤجر إلا أنه في أسبابه الأساسية المكملة للمنطوق قد أخذ بها حين قضى عليها بأن تدفع أجرة إضافية مقابل ميزة مدعاة ، ولم يكن القضاء بالغرض إلا وليد ما خلص إليه الحكم من أن الطاعنة رغم احتساب الأجرة الإضافية تعتبر دائنة للمؤجر بعد إجراء المقاصة بنيهما - وبذلك فإن للطاعنة مصلحة قائمة في الطعن على الحكم. (الطعنان رقما ١١ ، ٣٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/١٧ س٣٠ ع١ ص٢٤٧)

المصلحة في الدعوى - وعلى ما تقضي به المادة الثالثة من قانون ا لمرافعات - لا تهدف إلى حماية الحق واقتضائه فحسب وإنما قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعى لحقه بحيث لا يلزم أن يكون له حق ثابت وقع عليه العدوان حتى تقبل دعواه بل يكفي حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء أن يكون ادعاؤه مما يحميه القانون وتعود عليه الفائدة من رفع الدعوى به

أهلية التقاضي شرط لقبول الدعوى :

يعتبر البعض أن الأهلية من شروط الدعوى بحيث يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى (العشماوي بند ٤٦٢) ولكن الصحيح أن الأهلية ليست شرطا من شروط قبول الدعوى وإنما هى شرك لصحة إجراءات الخصومة ويترتب على ذلك أن عدم توافر الأهلية لدى المدعى لا يمنع من قبولها ولكن إجراءاتها تكون باطلة فقد بتوافر لدى الشخص الحق في رفع الدعوى دون أن يكون أهلا لمباشر يجب أن تتخذ الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة بواسطة ممثل إجراءات الدعوى باطلة . (إبراهيم نجيب بند ٧١ - والي بند ٥٩ - الشرقاوي بند ٢٤ - رمزي سيف بند ١٣١)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الأصل في صحة انعقاد الخصومة أن يكون طرفاها أهلا للتقاضي وإلا قام مقامهم من يمثلهم قانونا ، ومن واجب الخصم أن يراقب ما يطرأ على خصمه من وفاة أو تغيير في الصفة أو الحالة حتى تأخذ الخصومة مجراها القانوني الصحيح ، وإذ كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة علمت علما يقينا يقصر بعض خصومها وصفة من يمثلهم قانونا ولم تتخذ أى إجراء لتصحيح الوضع في الدعوى بتوجيهها الى هؤلاء القصر في شخص الوصى عليهم فإنهم يكونون غير ممثلين في هذه الخصومة تمثيلا صحيحا " (١٩٦٣/٦/١٩ طعن ٢٥٢ سنة ٢٨ق - م نقض م - ١٤ - ٨٢٣ - ١٩٧٣/١١/٢٩ - م نقض م - ٢٤ - ١١٨٩) وبأنه " لئن كان بطلان إجراءات الخصومة لنقص أهلية أحد أطرافها هو مما يقع بحكم القانون إلا أنه بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته فيصحح بنزوله عنه صراحة أو ضمنا كما يسقط الحق في التمسك به إذا لم يبده الطاعن في صحيفة طعنه عملا بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات ، ولا يكون لمن نزل عنه أو أسقط حقه في التمسك به أن يعود للتمسك به كما لا يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها " (١٩٨٧/١/١٣ طعن ٨٣٤ لسنة ٥٣ق - م نقض م - ٣٨ - ٩٥)

وبأنه النزاع حول بلوغ سن الرشد هو نزاع حول الصفة وهو بهذه المثابة لا يتعلق بالنظام العام ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (١٩٨٥/٥/٢٧ طعن ٤٣٤ لسنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٦ - ٨٢٢) وبأنه " الدفع ببطلان الإجراءات لنقص الأهلية دفع شكلي يسقط عدم التمسك به في صحيفة الاستئناف" (١٩٧٧/٣/١٦ - م نقض م - ٢٨ - ٦٩٧)

فيتضح أن بطلان إجراءات الخصومة لعدم الأهلية هو بطلان متجدد يلحق بالخصومة في جميع مراحلها فيجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ويكون للمدعى عليه ولو كان كامل الأهلية أن يتمسك بانعدام الأهلية حتى لا يجبر على موالاة إجراءات خصومة معرضة للبطلان فتضار مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها .

ويكون على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها حتى تتفادى السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان .

وإذا رفعت دعوى على ناقص أهلية ، وفي أثناء نظرها استكمل أهليته ، ولم يتمسك بالبطلان فورا عملا بالمادة ٢٢ والمادة ١٠٨ ، فإن الإجراءات تعد صحيحة ولا يملك بعدئذ التمسك بالبطلان ، كذلك الحال إذا رفعت الدعوى على القاصر ، وتدخل فيها من يمثله تمثيلا صحيحا ورد على الإجراءات بما يفيد اعتبارها صحيحة ، فإنه لا يملك بعدئذ التمسك بالبطلان ، وهذا الاتجاه في الرأى لا يتعارض مع ما تقدم لأن المقصود من اعتبار بطلان الخصومة لفقد أهلية أحد الخصوم من النظام العام هو لرعاية مصلحته التي لا يملك هو الذود عنها ، وتفادى إجراءات مهددة بالزوال والبطلان ـ وإنما متى استكمل القاصر أهليته تكون الحالة المتعلقة بالنظام العام قد زالت ، فإذا لم يتمسك بالبطلان المتقدم في الوقت المناسب عملا بالمادة ٢٢ والمادة ١٠٨ من قانون الإجراءات تعد صحيحة برمتها ، ومما يقطع في صحة ما تقدم أن المحكمة لها من تلقاء نفسها أن تحكم بوقف السير في الخصومة لانقطاعها عملا بالمادة ١٣٠ ، وإنما إذا لم تتنبه الى السبب الموجب للانقطاع وصدر الحكم على من تقرر الانقطاع لمصلحته فلا يملك إلا هو (أو من يمثله قانونا) التمسك بهذا البطلان .

ومما هو جدير بالذكر أن المادة ٤٠ من قانون المرافعات اللبناني تنص على أنه " إذا أقيمت الدعوى على أحد فاقدي الأهلية ولم يكن له ممثل قانوني فيحق للمدعى أن يلتمس من رئيس المحكمة تعيين ممثل خاص ليقوم مقام الممثل القانوني ريثما يتم تعيينه.

وإذا نص القانون على ميعاد حتمي لرفع الدعوى - كدعوى الشفعة -مثلا - ورأى القاص أن احترام الميعاد يقتضي منه رفع الدعوى على الفور - كما إذا كان وصيه متغيبا مثلا - فإن عمل القاصر يعتبر هنا من قبيل الفضالة وإذا أقرها الوصى انسحبت الصحة الى كل الإجراءات ، ولا يملك المدعى عليه التمسك ببطلان الخصومة لرفعها من ذلك القاصر ليصل الى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة .

وعلى ذلك فإنه يتعين التفرقة بين أهلية الاختصام والأهلية الإجرائية ، فكل من تثبت له أهلية الوجوب يكون أهلا للاختصام فتثبت لكل شخص قانوني أى كل إنسان حى وكل شخص اعتباري ، أما الأهلية الإجرائية فتقابل أهلية الأداء أى صلاحية الشخص لمباشرة الخصومة باسمه سواء لمصلحته أو لمصلحة الآخرين ، وإذا كان البعض قد جرى على أنه يرجع في تحديد الأهلية اللازمة الى قانون الأحوال الشخصية (أبو الوفا بند ١٢٠ ورمزي سيف بند ١٣١)

إلا أن الأصوب هو أنه يرجع فيها الى القانون الذي يحدد أهلية الأداء اللازمة لمباشرة الحق موضوع الدعوى فكلما توافرت للشخص أهلية الأداء بالنسبة الى الحق موضوع الدعوى كانت له أهلية التقاضي بالنسبة لهذا الحق فالقاصر المأذون له بالإدارة تكون له أهلية الأداء بالنسبة للأعمال المأذون بها ، ومن ثم تكون له أهلية التقاضي عنها والعامل الذي له أهلية أداء مباشرة العقد أو قبض الأجر تكون له أهلية التقاضي في شأنهما والمحجور عليه للسفه الذي له أهلية الأداء بالنسبة لإبرام عقد الزواج تكون له أهلية التقاضي في شأن هذا العقد ، وإذا لم تتوافر أهلية الأداء للشخص بالنسبة الى الحق موضوع الدعوى ، ومن ثم لم تكن له أهلية الاختصام بالنسبة لهذه الدعوى ، ناب عنه من يمثله قانونا في خصوص هذا الحق ، ويتعين أن تتوافر الأهلية على النحو السابق في كل من طرفي الدعوى ، بمعنى أنه لا يكفي أن تتوافر الأهلية فيمن رفع الدعوى بل يتعين أن تتوافر الأهلية فيمن رفع الدعوى بل يتعين أن تتوافر كذلك فيمن رفعت عليه فإن لم يكن كذلك ترتب البطلان ولو كان الأول ممتع بالأهلية . (راجع في ذلك فتحي والي بند ٢٤ وفي نظرية البطلان بندى ٢١٢ ، ٢١٣ - إبراهيم نجيب بند ٢٢٥ وما بعدها - راغب ص٢٣٤)

أحكام النقض :

النزاع حول بلوغ الخصم سن الرشد وقت تمثيله في الدعوى أمام محكمة أول درجة بالولى الشرعي هو مما يتعلق بانعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى ، وهو أمر لا يتعلق بالنظام العام (نقض ١٩٦٨/٣/٥ - ١٩ - ٥٠١) ولا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٧٩/١/١٠ رقم ٦٦٦ سنة ٤٥ق)

بلوغ الخصم القاصر سن الرشد أثناء سير الدعوى واستمرار وصيه في تمثيله دون تنبيه للمحكمة يعتبر منتجا لآثاره القانونية على أساس من النيابة الاتفاقية - صحة اختصامه (أى الوصى بصفته وكيلا) في الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الصادر في الدعوى . (نقض ١٩٦٦/١١/١٥ - ١٧ - ١٦٨٠)

تمثيل الولى الشرعي للقاصر في الاستئناف - بلوغ القاصر سن الرشد قبل رفع الطعن بالنقض - وجوب إقامة الطعن منه شخصيا . (نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق)

إقامة المستأنف الاستئناف بصفته وصيا رغم بلوغ القاصر سن الرشد قبل رفعه ودون أن يكون نائبا عنه مؤداه عدم قبول الاستئناف . (نقض ١٩٧٨/١/٢٤ رقم ١٧٥ لسنة ٤٤ق)

إذا وجهت إجراءات التنفيذ العقاري للوصى بصفته نائبا عن القاصر رغم بلوغه سن الرشد يترتب عليه عدم اعتباره خصما في تلك الإجراءات . (نقض ١٩٨٠/١/١٧ رقم ٤٤٥ لسنة ٤٨ق)

اعتبار المدعى الوارث وكيلا عن باقي الورقة في إدارة المال الشائع طالما لم يعترض أحد مهم على ذلك - كانت قد أقيمت دعوى بإخلاء المستأجر من أحد ورثة المؤجر ودفع المستأجر بعدم قبول الدعوى لعدم إقامتها من الورثة مجتمعين . (نقض ١٩٧٨/٦/٢١ رقم ٥٧٠ سنة ٤٤ق)

وفاة المطعون عليه الأول قبل رفع الطعن بالنقض يترتب عليه اعتبار الخصومة في الطعن معدومة (نقض ١٩٨٠/١٢/٩ رقم ١٦٧ لسنة ٤٧ق)

الشريك الوصى في شركة التوصية ، لا يملك إدارتها ، كما لا يملك تمثيلها أمام القضاء . (نقض ١٩٨٠/١/٩ رقم ١٦٩٨ لسنة ٤٨ق)

للمحكمة الاستعانة بخبير – عند الاقتضاء – لتحقيق الوقائع المادية المتعلقة بتوافر صفة الخصوم في الدعوى ، والتي تستخلص منها مدى توافر الصفة في الدعوى . (نقض ١٩٧٩/١٢/١٢ رقم ١٦٩٨ لسنة ٤٨ق)

توافر صفة المدعى أو انعدامها لا يتعلق بالنظام العام – عدم جواز اعتراض المحكمة من تلقاء نفسها لبحث هذه الصفة . (نقض ١٩٧٨/٦/٢٦ رقن ١٠٤٩ لسنة ٤٥ق ونقض ١٩٦٧/٣/٥ – ١٩ – ٥٠١)

للنقابات – كشخص اعتباري – إقامة الدعاوى المتعلقة بحقوقها المالية قبل أعضائها أو قبل الغير ممن تتعامل معهم ، ولها أيضا إقامة دعاوى المسئولية عن الأضرار التي تصيب المهنة التي تمثلها والمصالح الجماعية بشرط أن يكون الضرر الواقع قد أصابهم كأعضاء في النقابة . الضرر الفردي الذي يلحق عضوا أو عددا من الأعضاء بسبب لا يتصل بانتمائهم للمهنة ولا يمتد أثره إليها – دعوى النقابة عنه غير مقبولة لانتفاء صفتها في رفعها . (نقض ١٩٦٨/٤/٢٠ – ١٨ – ٨٦٧)

إذا تحققت صفى المدعى أثناء نظر الدعوى واكتسب الصفة القانونية المطلوبة مراعية المواعيد والإجراءات القانونية ، فإن الخصومة تصبح بعد زوال العيب منتجة لآثارها (منذ بدايتها) ولا تكون للمدعى عليه مصلحة في التمسك بالدفع بانتفاء الصفة . (نقض ١٩٧٣/١/٢٥ – ٢٤ – ١٠٨)

دعوى الصورية المطلقة لا تقبل ممن ليست له مصلحة قائمة حالة ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه . (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ ر قم ١٣٥ لسنة ٤٦ق)

بلوغ القاصر سن الرشد أثناء سير الدعوى لا يؤدي الى انقطاعها ، استمرار والده في تمثيله صحيح باعتبار أن نيابته عنه قد أصبحت اتفاقية بعد أن كانت قانونية . (نقض ١٩٨٥/٤/٢٨ رقم ٤١٠ سنة ٤٧ق)

الصفة شرط لقبول الدعوى :

فالأصل أن يرفع الدعوى صاحب الحق المعتدى عليه ، على اعتبار أنه وجد صاحب الصفة في رفعها . إلا أن طبيعة الدعوى والحق الذي تحميه قد حدوا بالمشرع الى الخروج على هذا الأصل ، كما في المادة ٢٣٥ مدني التي تجيز للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إذا أهمل في استعمالها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني المدعى به ، ومن ثم فإنه يلوم توافر الصفة الموضوعية لطرفى هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعى استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه وبها ، ومن ثم فإن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تأسيسا على عدم أحقية المدعى في الاحتماء بهذه الدعوى يكون قضاء فاصلا في نزاع موضوعي حول ذلك الحق ومتى حاز قوة الأمر المقضي كانت له حجية مانعة للطرفين من معاودة طرح ذات النزاع لذات السبب ضد نفس الخصوم " (١٩٨٤/٣/٢٩ طعن ٢٤٤ لسنة ٥٠ق)

فنلاحظ أن رفع الدعوى يكون من جميع أفراد الحق المعتدى عليه وضد جميع من يوجه الحق في مواجهتهم أى من ذي كامل صفة وصد ذي كامل صفة . غير أنه اتثماء يجوز لكل شريك رفع الدعاوى التي تندرج تحت أعمال الحفظ . مادة ٨٣٠ مدني . ويجوز أيضا للشريط في الشيوع الذي يملك أغلبية الأنصباء رفع الدعاوى التي تندرج تحت أعمال الإدارة (م٨٢٨ مدني) ويجوز لكل وارق أن يطالب بأداء الالتزام كاملا إذا كان غير قابل للانقسام (م ٣١٢) فللوارث صفة في تمثيل التركة ، ويمثل شركة التضامن مديرها ، فإن لم يعين مدير لها كان لكل شريك متضامن حق تمثيلها .

وقد نصت المادة (١١٥) مرافعات على أنه " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها .

وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجبت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز خمسين جنيها.

وإذا تعلق الأمر بإحدى الوزارات ، أو الهيئات العامة ، أو مصلحة من المصالح ، أو شخص اعتباري عام أو خاص ، فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعى عليها في صحيفة الدعوى .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " استحدث المشروع نص المادة ١١٥ منه (فقرة ثانية) الذي يقضي بأنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه إنما يقوم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة بدلا من الحكم بعدم القبول ، وذلك تبسيطا للإجراءات وتقديرا من المشروع لتنوع وتعدد فروع الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات على نحو قد يصعب معه تحديد الجهة التي لها صفة في التداعى" .

واختصام صاحب الصفة في الدعوى بدلا من الحكم بعدم قبولها لا يكون له محل إلا أمام محكمة أول درجة ، فلا يقبل هذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية ، لأن القاعدة أنه لا يجوز أن يختصم أمام محكمة الدرجة الثانية من لم يكن طرفا في الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى .

وإذا لم يقم المدعى بتنفيذ قرار المحكمة بإعلان ذي الصفة فإنها تقضي بعدم قبولها لرفعها على غير ذي صفة ، ولكن لا يجوز لها أن تقضي بذلك قبل تكليف المدعى بإعلان ذي الصفة .

ونص المادة ١١٥ يقتصر على انتفاء صفته المدعى عليه ، فلا يجوز أعماله في حالته انتفاء صفة المدعى.

وتصحيح شكل الدعوى باختصام صاحب الصفة لا يخل بأى حال بالمواعيد المحددة برفع الدعاوى بحيث يجب أن يتم ذلك التصحيح في الميعاد المقرر وإلا كانت الدعوى غير مقبولة .

وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص توافر الصفة في الدعوى لتعلق الأمر بفهم الواقع منها ، بشرط أن يكون استخلاصها سائغا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو من قبيل فهم الواقع فيها وهو ما يستقل به قاضي الموضوع ، وبحسبه أنه يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله " (١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ١٠٦٩ لسنة ٥٦ق – م نقض م – ٣٨ – ٨٦٠ – ١٩٨٥/٢/٢٧ طعن ٣٤ سنة ٥١ق – م نقض م – ٣٦ – ٣١٤ – ١٩٨٣/١٢/٢٨ طعن ١٨٠٢ سنة ٤٩ق – ١٩٨٣/١٠/٢٦ طعن ١٨٧٥ سنة ٤٩ق – ١٩٨٣/٤/٢٤ طعن ١٥١٠ سنة ٤٩ق – ١٩٨٩/٣/٥ طعن ١٢٢٣ سنة ٥٢ق – ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ١٥٧٨ سنة ٥٢ق – ١٩٧٩/٥/٧ – م نقض م – ٣٠ العدد الثاني – ٢٩٧ – ١٩٧٦/٣/٣ – م نقض م – ٢٧ – ٥٥٦) وبأنه لا يؤثر في الاعتداد بصفة المدعى في الدعوى ، أن يكون السند الذي اعتمد عليه في ثبوت صفته أمام محكمة الاستئناف مغايرا لسنده أمام محكمة أول درجة أو صادرا بعد نقض الحكم السابق لأن التمسك بسبب جديد لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ليس من شأنه تغير موضوع النزاع " (١٩٧٣/١/٢٥ – م نقض م – ٢٤ – ١٠٨ – ١٩٨٨/٤/٢٧ طعن ١٠٨ لسنة ٥١ق).

ولا يغني توافر المصلحة عن توافر الصفة :

إذا انتفت الصفة في المدعى أو المدعى عليه كان الجزاء عدم القبول ولو توافرت المصلحة كما لو طلب شخص إ بطال عقد ليس طرفا فيه فإن دعواه تكون غير مقبولة لانتفاء الصفة ولو كانت له مصلحة في الإبطال . (١٩٨٢/٦/٢١ طعن ٣٩٠ لسنة ٣٤ق)

ولا تتوافر الصفة في الدعوى في حالة التعدد الإجباري إلا باختصام جميع أفراد الطرف المتعدد :

ويكون التعدد إجباريا حيث لا يترك لإرادة الخصوم وإنما يتعين للفصل في الدعوى أن يتم ذلك في مواجهة أشخاص متعددين فسواء في جانب الطرف المدعى فيكون التعدد إيجابيا ، أو في جانب الطرف المدعى عليه فيكون التعدد سلبيا ، وفي هذه الحالة تكون الصفة في الدعوى سواء إيجابية أو سلبية لعدة أشخاص معا وليس لشخص واحد ، فإذا رفعت الدعوى دون اختصام من يجب اختصامه كانت غير مقبولة لرفعها من أو على غير ذي كامل صفة ، وتسري القاعدة نفسها إذا وقع اختصام البعض باطلا . (١٩٧٣/١١/٢٩ – م نقض م – ٢٤ – ١١٨٩) أو غير مقبول (١٩٩٠/٦/٢٠ طعن ٢٨٤٠ سنة ٥٩ق) إذ يترتب على ذلك عدم اكتمال الصفة الى الباقين .

والروابط القانونية التي يتحقق في شأنها التعدد الإجباري هى الروابط القانونية الموضوعية متعددة الأطراف كالدعوى بين الشركاء المتعددين في شركة أو الروابط القانونية الموضوعية غير متعددة الأطراف ولكن الدعوى ترفع في شأنها من الغير أو ضد الغير كالدعوى التي يرفعها الغير ببطلان الزواج أو صورية عقد ، أو الدعوى التي يرفعها أطراف العقد بنفاذه في حق الغير ، ولكن التعدد لا يكون إجباريا بالنسبة الى هذه الروابط القانونية إلا في حالتين أولاهما : حالة نص القانون على وجوب اختصام جميع أطراف الرابطة الموضوعية في الخصومة كالشأن في دعوى قسمة المال الشائع حيث يوجب القانون رفعها على جميع الشركاء وكالشأن في دعوى الشفعة التي يجب أن يختصم فيها في جميع مراحلها أطرافها الثلاثة وهم الشفيع والبائع والمشتري وإن تعدد أشخاص كل طرف ، وثانيهما : الدعوى التقديرية والدعوى المنشئة دون دعوى الإلزام ، إذ لا يتصور تقرير رابطة قانونية موضوعية بموجب الدعوى التقديرية أو تغير هذه الرابطة بموجب الدعوى المنشئة إلا في مواجهة جميع أطراف هذه الرابطة .

الدفع بانعدام المصلحة أو الصفة لا يتعلق بالنظام العام :

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة المطعون ضده في رفع الدعوى لكونه غير مالك أو بانعدام مصلحته فيها لزوال حق الارتفاق الذي يطالب به فإن هذا الدفاع يكون سببا جديدا لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (١٩٦٨/٥/٩ – م نقض م – ١٩ – ٩١٤) وبأنه " لا شأن لبطلان الإجراءات المبنى على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى بالنظام العام إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته فإذا كان الثابت أن الطاعنة وأن تمسكت أمام محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة الحراسة في رفعها إلا أنها لم تتمسك بذلك أمام محكمة الدرجة الثانية التي أصدرت الحكم المطعون فيه فإنه لا يقبل منها التحدي بهذا الدفع أمام محكمة النقض " (١٩٦٧/٥/٢٣ – م نقض م – ١٨ – ١٠٨٤ – ١٩٦٧/٢/٢١ – م نقض م – ١٨ – ٤١٨ – ١٩٦٨/٣/٥ – م نقض م – ١٩ – ٥٠١ – ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٤ سنة ٤٣ق – ١٩٧٤/١١/١٣ – م نقض م – ٢٥ – ١٢٢٤ – ١٩٧٤/١٠/٢٢ – م نقض م – ٢٥ – ١١٥٣ – ١٩٧٨/٦/٢٦ – م نقض م – ٢٩ – ١٥٥٧).

ورتبت على ذلك أنه لا يجوز التمسك به من غير من وضع لحمايته (١٩٨٦/٢/٦ طعن ١٨٨٣ لسنة ٥٢ق) وجواز التنازل عنه صراحة أو ضمنا (١٩٥٥/٧/٧ طعن ٦٧٥ سنة ٥٣ق – م نقض م – ٣٨ – ٧٦٨)

إذا اكتسب المدعى الصفة أثناء نظر الدعوى زال العيب الذي شاب الدعوى منذ بدايتها بشرط أن يكون قد راعى المواعيد والإجراءات :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " أنه وإن كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن المدعى صاحب صفى في رفعها إلا أنه متى تكتسب المدعى هذه الصفة أثناء نظر الدعوى مراعيا المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في القانون ، فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها يكون قد زال العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها ولا تكون للمدعى عليه مصلحة في التمسك بهذا الدفع (١٩٧٣/١/٢٥ م نقض م – ٢٤ – ١٠٨ – ١٩٨٣/١١/٢٠ في الطعون ١٧٤٧ – ١٧١٨ – ١٧٥٨ سنة ٥١ق – ١٩٨٨/٤/٢٧ طعن ١٠٨ سنة ٥١ق – ١٩٨٩/٥/٢٩ طعن ٢٠٨٤ سنة ٥٨ق)

ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء كان زوال العيب قبل التمسك بالدفع أو بعد ذلك (أبو الوفا هامش بند ١١٥) غير أن الدعوى التي ترفع على غير ذي صفة لا تنتج أثرها في قطع التقادم بالنسبة الى ذي الصفة إلا من تاريخ اختصامه فلا يرتد الى تاريخ رفع الدعوى ، فإنه إذا رفعت دعوى تعويض ضد هيئة السكك الحديدية وهى هيئة عامة يمثلها وليس مجلس إدارتها ولكن اختصم في الدعوى وزير النقل بصفته ممثلا لها ، ثم صححت إجراءات الدعوى بتوجيهها الى رئيس مجلس إدارة الهيئة فلا ينسحب أثر الدعوى في قطع التقادم الى تاريخ رفع الدعوى وإنما الى تاريخ اختصام رئيس مجلس الإدارة (١٩٧٧/٥/٣ في الطعن ٥٩٩ لسنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٨ – ١١٠٨)

الدعوى الجماعية للنقابات والجمعيات :

يثير شرط الصفة البحث حول دعاوى النقابات والجمعيات ، فإن كانت قد رفعتها بصفتها شخصا اعتباريا له ذمته المالية المستقلة دفاعا عن حق ثبت لها بهذه المثابة فلا شبهة في توافر صفتها في رفعها وكذلك إذا كانت قد رفعتها دفاعا عن حق ذاتي لأحد أعضائها فلا شبهة كذلك في انتفاء صفتها إلا إذا تقرر لها حق رفعها بموجب نص خاص وفي هذه الحالة يستند حقها الى صفتها في تمثيل العضو لا صفتها في الدعوى ، أما إذا كانت رفعتها دفاعا عن المصلحة الجماعية التي تعلو المصالح الذاتية للأعضاء وتستقل عنها لأنها إنما تستهدف الدفاع عن المصالح العامة للمهنة كذلك التي ترفعها ضد شخص قذف في حق المهنة أو حقر من شأنها ، فإنه وإن كان قد ثار الخلاف حول حق النقابة أو الجمعية في رفع مثل النوع الثالث من الدعاوى إلا أن الرأى الراجح في الفقه والقضاء والذي بدا يميل إليه المشرع ذاته يعترف للنقابة أو الجمعية بالحق في رفع هذه الدعاوى.

دعاوى النيابة العامة :

للنيابة العامة سلطة رفع الدعوى لحماية مصلحة المجتمع ، حيث ينص القانون على تخويلها هذه الصفة . (م ٨٧ مرافعات)

والصفة في الدعوى المستعجلة تختلف عن الصفة المطلوبة في الدعاوى الموضوعية إذ يقتصر اختصاص القاضي المستعجل على تقدير ما إذا كانت تلك الصفة التي يدعيها المدعى ليست نزاع جدي ، لأن الدعوى المستعجلة لا تسمح بالمناقشة في الصفة إلا بالقدر الذي تتطلبه ظروف كل دعوى على حدة ، بمعنى أن قاضي الأمور المستعجلة بما له من سلطة التقدير لعناصر النزاع أمامه أن يقرر ما إذا كانت صفى المدعى تستند على أساس من الجد أم لا .

وقضى أن القاضي المستعجل حيث يبحث في شرط الصفة فإنه يكتفي بأن يثبت من وجودها حسب ظاهر المستندات والأوراق دون أن يتغلغل في صميم الموضوع ، يكفي القاضي المستعجل أن يستشعر من ظاهر الأوراق أن الدعوى المرفوعة من غير ذي صفة ليقضي بعدم قبولها لانعدام الصفة .

كما قضى أنه يكفي في القضاء المستعجل أن يتحسس من ظاهر الأوراق لاستيضاح الصفة بدون تحقيق في توافرها .... به إلى الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضي لأن الحكم المطلوب يكون حكما وقتيا لا يمس الموضوع ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانوني من وقت " (١٩٨١/٣/٢٦ – طعن ٦٩ لسنة ٤٨ق – الخمسين عاما المجلد الثالث ص٣١٨٢ بند ٢٦٥)

الفرق بين الصفة والتمثيل القانوني :

يتعين التفرقة بين الصفة في الدعوى وبين التمثيل القانوني ، فقد يحدث أن يكون لشخص رفع الدعوى نيابة عن صاحبها ، فلا ترفع الدعوى ممن له صفة فيها وإنما من يمثله قانونا ، وقد يكون هذا التمثيل حتميا ، كما هو الحال بالنسبة لتمثيل مدير الشركة أمام القضاء ، أو لتمثيل الولى لمن هو في ولايته ، أو لتمثيل الحارس لمن وضع تحت الحراسة ، وقد ذهب البعض للقول بأن الأمر هنا يتعلق بالصفة في الدعوى ولعل الاصطلاح الجاري في العمل يشجع على هذا الخلط ، وقد استقر قضاء النقض على ذلك.

وللتفرقة بين الأمرين أهمية بالغة ، إذا الصفة في الدعوى تتعلق بالحق . أما التمثيل القانوني فإنه يتعلق بإجراءات الخصومة ، ولهذا فإن صحة التمثيل القانوني ليست من شروط الدعوى ، وإنما شرط لصحة العمل الإجرائي .

وقد ميزت محكمة النقض بين الصفة الإجرائية والصفة في الدعوى إذ اشترطت أن تكون مقطوعا بها لتنتج الإجراءات آثارها في حق الأصيل ، إلا أنها رددت في شأن جزاء عدم صحة الصفة الإجرائية عبارات عدم القبول أحيانا وعبارات البطلان أحيانا أخرى وجمعت بينهما تارة ثالثة ، إلا أن الجوهرى أنها من جهة اشترطت في شأن تصحيح الصفة الإجرائية كالشأن في الصفة في الدعوى بمراعاة المواعيد والإجراءات كما أنها من جهة اشترطت في شأن تصحيح الصفة الإجرائية كالشأن طعن صفة في الدعوى بمراعاة المواعيد والإجراءات ، كما أنها من جهة أخرى لا تجرى على الدفع بعدم صحة الصفة الإجرائية أى التمثيل القانوني أحكام الدفوع الشكلية وأهمها سقوط الحق فيها بالتعرض للموضوع .

وقد ميزت الصفة الإجرائية عن الصفة في الدعوى فقضت بأنه " من المقرر في قضاء محكمة النقض أن الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشئون المتعلقة بوزارته . لما كان ذلك ، وكان من المقرر أن الشخص لا يعتبر طرفا في خصومة بتمثيل غيره له إلا إذا كان هذا التمثيل مقطوعا به ، وكان رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف لا يمثل إلا هذه الهيئة وحدها في التقاضي وأمام الغير عملا بصريح نص المادة ٩ من القرار الجمهوري رقم ١١٤١ لسنة ١٩٧٢ بت - م العمل بهيئة الأوقاف والمعمول به اعتبا لسنة راق – م نقض م - من ١٩٧٢/١٠/١٢ فإن الخصومة لا/تكون قد وجهت أصلا لوزارة /لأوقاف " (١٩٨٥/١/١٠ طعن ٧٢٤ لسنة ٤٩ق – م نقض م – ٣٦ – ٩٣)

وبأنه من يمثل أيا من طرفي الدعوى في مباشرة إجراءات الخصومة لا يكون طرفا في النزاع الدائر حول الحق المدعى به ولذا يكتفي منه أن يثبت له صلاحية هذا التمثيل قانونا حتى تكون الصفة الإجرائية اللازمة لصحة الإجراءات في تمثيل المدعى ، فهو طعن قضاء في الشكل تنحصر حجيته في حدود ذات الخصومة ولا يتعداها الى غيرها ولا لسنة من مباشرة دعوى جديدة ولو كان سند الصفة سابقا على ذلك الحكم " (١٩٨٤/٣/٢٩ ط - ٢٤٤ لسنة ٥٠ق)

ورتبت على انعدام الصفة ا العدد الأول - الإجراءات فقضت بأنه " بطلان الإجراءات المبنى على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى لا شأن له – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بالنظام العام وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (الشركة) لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة من اختصم في الدعوى ممثلا لها – باعتباره مديرا للشركة ولم يختصم رئيس مجلس الإدارة – فإنه لا يجوز لها إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض.

غير أنها رددت جزاء عدم القبول على انعدام الصفة الإجرائية حتى قررت هذا الجزاء على عدم حصول المحامي الذي وقع صحيفة الطعن بالنقض على توكيل من الطاعن ، فقضت بأنه " اختصام وزير المالية كممثل لبيت المال بدلا من بنك ناصر الذي يمثل بيت المال يجعل الدعوى غير مقبولة " (١٩٧٩/٢/١٤ طعن ١٠١٧ لسنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٠ – العدد الأول – ٥٢٠) وبأنه اختصام وزير المواصلات ممثلا للهيئة العامة للسكك الحديدية بدلا من رئيس مجلس إدارتها الذي يمثلها قانونا يجعل الدعوى غير مقبولة " (١٩٧٩/٥/١٥ طعن ٦٨٣ لسنة ٤٥ق) وبأنه " اختصام رئيس مأمورية الضرائب ممثلا لها بدلا من وزير المالية الذي يمثلها قانونا يجعل الدعوى عير مقبولة " (١٩٧٩/٢/٢٨ طعن ٩٢٧٩ لسنة ٥٤ق) وبأنه اختصام رئيس إحدى لجان مجلس الشعب ممثلا لها دون رئيس مجلس الشعب الذي يمثلها قانونا يجعل الدعوى غير مقبولة لرفعها على غير ذي صفة " (١٩٩٠/١٠/٢٨ طعن ٣٢٤٩ لسنة ٥٨ق) وبأنه عدم تقديم التوكيل الصادر من الطاعن الى وكيله المحامي الذي رفع الطعن عنه يجعل الطعن غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة " (١٩٧٨/١/٢٤ طعن ١٧٥ لسنة ٤٤ق – ١٩٨٥/١٢/٥ طعن ٣٠٨ لسنة ٥١ق – م نقض م – ٣٦ – ١٠٨٧ – ١٩٨٣/١٢/١١ طعن ١٢٠٤ لسنة ٤٨ق) ومع ذلك فقد قالت في بعض الأحكام الى أن ذلك يؤدي الى بطلان الطعن لرفعه من غير ذي صفة " (١٩٨٣/٥/٢ طعن ١٣٤ لسنة ٤٨ق)

وقد قضت محكمة النقض على أنه يتعين في تصحيح الصفة الإجرائية مراعاة المواعيد والإجراءات فقضى بأنه "تصحيح الصفة وفقا لنص المادة ٢/١١٥ مرافعات يجب أن يتم في الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى وبمدد التقادم . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٧٢ مدني على سند من اختصام رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية قد صحح الإعلان الموجه لوزير النقل والذي قطع التقادم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (١٩٧٧/٥/٣ طعن ٥٩٩ لسنة ٤٣ق م نقض م – ٢٨ العدد الثاني – ١١٠٨) وبأنه تنص المادة ٢/١١٥ من قانون المرافعات على أنه ؟؟؟؟ وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط الحق في الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختم باقي المشتريات بأشخاصهن إلا بعد الميعاد مع سبق اختصام والدهن باعتباره وليا عليهن في الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " (١٩٨٠/٢/١٢ طعن ٣٥٢ لسنة ٤٦ق – م نقض م – ٣١ + ٤٨١).

إن محكمة النقض لم تعامل الدفع بانتفاء الصفة الإجرائية معاملة الدفوع الشكلية فقضت بأنه " الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشئون المتعلقة بوزارته أما المصالح والفروع التابعة لوزارته فلا يمثلها مديروها أمام القضاء ولا يصح القول بأن مدير المصلحة الحكومية ارتضى اختصامه كممثل لها أمام أول درجة " (١٩٧٧/٢/٢ - م نقض م - ٢٨ - ٣٥٣) وبأنه رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للتأمين والمعاشات هو صاحب الصفة في أية خصومة تتعلق بأى شأن من شئونها طبقا للمادة ١٤ من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فيكون اختصام مدير عام المعاشات بوزارة العدل غير مقبول " (١٩٨٧/٦/٢ طعن ٢ لسنة ٥٦ق - م نقض م - ٣٨ - ٣٩)

بيان الصفة الإجرائية أو التمثيل القانوني :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تمثيل الدولة في التقاضي هو فرع من النيابة القانونية عنها ويتعين في بيان مداها ونطاقها أن يرجع الى مصدرها وهو القانون ، وإذ كانت لائحة مجلس الشعب تقضي بأن رئيس المجلس هو الذي يمثله ويتكلم باسمه ومن ثم فهو صاحب الصفة دون غيره في تمثيل المجلس ولجانه بما في ذلك رئيس اللجنة التشريعية " (١٩٩٠/٢/٢٨ طعن ٣٢٤٩ لسنة ٥٨ق) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تمثيل الدولة في التقاضي هو فرع من النيابة القانونية عنها ، وهى نيابة المرد في تعيين مداها وبيان حدودها إنما يكون بالرجوع الى مصدرها وهو القانون والأصل أن الوزير هو الذي يمثل الدولة في الشئون المتعلقة بوزارته وذلك تطبيقا للأصول العامة باعتباره المتولى الإشراف على شئون وزارته المسئول عنها والذي يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها إلا إذا أسند القانون صفة النيابة فيما يتعلق بشئون هيئة أو وحدة إدارية معينة الى غير الوزير فيكون له عندئذ هذه الصفة بالمدى والحدود التي رسمها القانون " (١٩٨٥/٣/١٧ في الطعن ٢١١٠ لسنة ٥١ق -م نقض م - ٣٦ - ٤٠٩) ورتب على ذلك أن تخويل القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن الحكم المحلي للمحافظ سلطات على العاملين بمديريات الشئون الصحية بما يجعلهم تابعين له لا يسلب وزير الصحة صفته بالنسبة لهم بما يجعلهم تابعين للمحافظ ولوزير الصحة أيضا " (١٩٨٥/٤/١١ طعن ٧٩٠ لسنة ٥٦ق - م نقض م - ٣٦ - ٦٠٣ ١٩٨٥/٦/٢٣ - م نقض م - ٣٦ - ٩١٢ - ١٩٨٥/١/١٠ طعن ٧٢٤ لسنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٦ - ٩٣ ١٩٨٤/١/١٩ طعن ٨٢٧ لسنة ٥٠ق - م نقض م - ١٩٨٦/٥/٢٩ طعن ٨٢٣ لسنة ٥٣ق - ١٩٨٩/٦/٤ طعن ٣٠٣ لسنة ٥٧ق) وبأنه " أحكام القانونين رقمى ٤٤ لسنة ١٩٦٢ ، ٨٠ لسنة ١٩٧٠ التي نصت على تسليم أعيان الوقف للمجالس المحلية ثم هيئة الأوقاف لتتولى نيابة عن وزارة الأوقاف إدارتها واستغلالها - لم تسلب حق وزارة الأوقاف في إدارة ذهه الأعيان ، وغاية الأمر أنه رؤى تخفيفا للأعباء الملقاة على هذه الوزارة أن تتولى المجالس المحلية ثم هيئة الأوقاف إدارة واستغلال تلك الأعيان نيابة عن هذه الوزارة " (١٩٨٥/١/١٠ طعن ٧٢٤ لسنة ٤٩ق - م نقض م - ٣٦ - ٩٣) وبأنه " وزير العدل هو صاحب الصفة في أى خصومة تتعلق بأى شأن من شئون وزارته ، ومن ثم يكون اختصام رئيس مجلس القضاء الأعلى ومساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائي في الطلبات المقدمة من رجال القضاء الأعلى ومساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائي في الطلبات المقدمة من رجال القضاء غير مقبول " (١٩٨٨/١٠/٢٥ طعن ١٣٣ لسنة ٥٦ق) وبأنه " وحدات الحكم المحلي يمثلها رئيسها أمام القضاء وفي مواجهة الغير عملا بالمادتين ٣ ، ٤ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ في شأن الحكم المحلي " (١٩٨٨/١١/٣٠ طعن ٣٩٠ لسنة ٥٦ق - ١٩٨٢/١١/٢٨ - م نقض م - ٣٣ - ٩٥) فيكون رئيس المدينة دون المحافظ هو صاحب الصفة في تمثيل وحدته المحلية (١٩٨٢/١/١٨ - م نقض م - ٣٣ - ٩٢)

وبأنه التظهير التوكيلي يعتبر توكيلا للمظهر إليه في قبض قيمة الكمبيالة أو السند لحساب المظهر ويلزمه بتقديم حساب إليه ومن ثم يكون له مقاضاة المدين لحساب المظهر " (١٩٥٧/١١/٢٨ – م نقض م – ٨ – ٨٣٤ – ١٩٧٤/٢/٢١ – م نقض م – ٢٥ – ١٩٦) وبأنه " الحراسة القانونية بطبيعتها إجراء تحفظي يقتضي من الحارس حفظ المال ويعطيه سلطة إدارته فتكون له صفة النيابة القانونية عن صاحب المال الموضوع تحت الحراسة " (١٩٨٢/١١/١٤ طعن ١١٦٩ لسنة ٤٨ق) وبأنه " الحارس القضائي ينوب عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة نيابة قانونية" (١٩٨٢/٢/١٢ طعن ٣٠٠ لسنة ٤١ق) إلا أن هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق بأعمال الإدارة وأعمال المحافظة على المال وما يندرج تحت ذلك من أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة والحفظ ، ولا تمتد نيابة الحارس الى الأعمال التي تمس أصل الحق ومنها بيع المال (١٩٨٣/٥/٢٢ طعن ١٦٥٣ لسنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٤ – ١٢٦٢) وبأنه " الحارس تثبت له هذه الصفة فور صدور الحكم بتعيينه (١٩٨٤/١/٢٢ طعن ١٣٣٨ لسنة ٤٩ق) وقضت في شأن تمثيل الطوائف الدينية غير الإسلامية بأن ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية مناطه اعتراف الدولة بها وشرطه صدور ترخيص بها أو إذن خاص بقيامها ، فاعتراف الدولة بطائفة الإنجيليين الوطنيين مؤداه اعتبارها طائفة واحدة بكل شعبها وكنائسها ومن ثم اكتسابها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية دون أى من كنائسها أو المذاهب المتفرعة عنها ، ومن ثم فإن التصريح أو الشراء لصالح إحدى الكنائس والجمعيات ينصرف أثره الى الطائفة " (١٩٨٨/١/٢٦ طعن ١٥٨ لسنة ٥٢ق – ١٩٧٨/٣/٢١ – م نقض م – ٢٩ – ٩١٧) وبأنه " مؤدى ما نص عليه الفرمان العالي الصادر في ١٨٥٦/٢/١٨ بشأن تنظيم أمور الطوائف غير الإسلامية في الدولة العلية ثم الأمر العالي الصادر في ١٨٨٣/٥/١٤ بالتصديق على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومي المعدل بالقوانين ٨ لسنة ١٩٠٨ – ٣ لسنة ١٩١٧ – ٢٩ لسنة ١٩٢٧ – ٤٨ لسنة ١٩٥٠ – ٢٦٧ لسنة ١٩٧٥ أن المشرع اعترف بالشخصية الاعتبارية لطائفة الأقباط الأرثوذكس واعتبر البطريرك نائبا عنها ونعبرا عن إرادتها في كل ما يختص بمجلس عمومي الأقباط الأرثوذكس والمتعلق بمدارس وكنائس وفقراء ومطبعة هذه الطائفة وما يخص الأوقاف التابعة لها فيكون البطريرك هو الذي يمثل طائفة الأقباط الأرثوذكس في المسائل السابق الإشارة إليها فإن طائفة الأقباط في المحافظة لا تكون لها شخصية اعتبارية مستقلة ولا يمثلها أسقف الأقباط في المحافظة أو رئيس لجنة الكنيسة " (١٩٩٠/٢/٢٣ طعن ١٠٤٢ لسنة ٥٨ق)

وقضت أيضا بأنه " القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الوارث ينتصب خصما عن باقي الورثة في الدعاوى التي ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – لو أن الوارث كان قد خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة نفسها بكل حقه أو مطلوبا في مواجهة الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها ، أما إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص في التعويض الذي يستحقه عن مورثه ، وحكم برفض دعواهم فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالبا إلغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده في التعويض ، فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي الورثة وبالتالي لا يعتبر الحكم الصادر في الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية في التعويض قضاء باستحقاق باقي الورثة لأنصبتهم في هذا التعويض " (١٩٦٤/٢/٦ – م نقض م – ١٥ – ١٩٩ – ١٩٧٦/١٢/٢٢ – م نقض م – ٢٢ – ١٠٧٩).

القواعد التي تحكم الدفع بانتفاء الصفة :

١- يلزم لقبول الدعوى أن تكون للمدعى صفته في إقامتها . فإذا كان الولى على القاصر قد أقام الدعوى حين أن صفته قد زالت قبل إقامتها ، فإنه يترتب على ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى . (نقض ١٩٧٧/١/٣١ س٢٨)

٢- أما إذا والت صفة من يباشر الخصومة بعد رفع الدعوى ، فإنه يترتب على ذلك انقطاع الخصومة ، ومثالها الدعوى التي يرفعها الولى أو الوصى على القاصر ، وأثناء نظر الدعوى يبلغ القاصر سن الرشد فتزول صفة الوصى ، وينقطع سير الخصومة في الدعوى غير أنه إذا استمر ا لوصى في الخصومة دون تنبيه المحكمة ، اعتبرت النيابة على الوصى بعد البلوغ اتفاقية بعد أن كانت قانونية . (نقض ١٩٧٣/١٢/٢٦ س٢٤ ص١٣٥٢)

٣- استخلاص توافر الصفة في الدعوى من قبيل فهم الواقع وهو مما تتقل به محكمة الموضوع وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله . (نقض ١٩٨٤/٢/١ الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٥٠ق)

٤- الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفى أحد الخصوم دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ، ويجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وبهذا يكفي تحقق الصفة وقت الدعوى ولا يحول دون قبولها زوال المصلحة بعد ذلك . (نقض ١٩٨٦/٢/١٣ الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٥٢ق)

٥- اكتساب المدعى الصفة في رفع الدعوى أثناء سيرها يزيل العيب الذي شاب صفته عند رفعها ويصحح الخصومة بعد زوال العيب نتيجة لآثارها منذ بدايتها . (نقض ١٩٨٣/١١/٢ الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ق)

٦- والدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة غير متعلق بالنظام العام ، إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمياته ولا يجوز للمحكمة أن تقضي فيه من تلقاء نفسها ، ولا يجوز إثارة الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع يجب طرحه على محكمة الموضوع ، أما إذا تعلق بسبب قانوني عناصره الواقعية مطروحة على محكمة الموضوع ، فيجوز التمسك أمام محكمة النقض . (نقض ١٩٨٦/٢/٢٦ الطعن رقم ٧٧٠ لسنة ٥٥ق)

٧- يجب على محكمة الموضوع أن تتناول في مدونات حكمها الدفع بانتفاء الصفة بالرد عليه في حالة رفضها له ، ما لم يكن الدفع ظاهر الفساد ، وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور المبطل . (نقض ١٩٧٩/٣/١٧ الطعن رقم ٥٨٦ لسنة ٤٤ق)

٨- إذا قضت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وقبولها فإنه يكون حكمها صادرا قبل الفصل في مضووع الدعوى ولا تنتهي به الخصومة ، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه على استقلال . (نقض ١٩٧٩/٥/٧ س٣٠ ص٢٩٧)

٩- أما قبول الدفع بعدم قول الدعوى لانعدام صفة المدعى ، وهو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى .... ويترتب على قبوله أن يخسر المدعى دعواه فيجوز الطعن فيه ، وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بالقضاء به ولايتها في الفصل في الموضوع ، ويطرح لاستئناف الدعوى على محكمة الاستئناف فلا يجوز لها في حالة إلغاء الحكم وقبول الدعوى أن تعيدها لمحكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها.(نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ س٢٩ ص٣٠٥٣).

١٠- الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تأسيسا على عدم أحقية المدعى في الاحتماء بهذه الدعوى يكون قضاء فاصلا في نزاع موضوعي حول ذلك الحق ، ومتى حاز قوة الأمر المقضي كانت له حجية مانعة للطرفين من معاودة طرح ذات النزاع لذات السبب ضد نفس الخصوم . أما إذا حكم بعدم قبول الدعوى تأسيسا على عدم ثبوت صفة مباشر الإجراءات في تمثيل المدعى فهو قضاء في شك تنحصر حجيته في حدود ذات الخصومة ولا يتعداها الى غيرها ولا تمنعه مباشرة دعوى جديدة ولو كان ند الصفة سابقا على ذلك الحكم . (نقض ١٩٨٥/٦/٢٧ الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٥٢ق)

١١- إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائما على أساس فإنها تؤجل الدعوى لإعلان ذي الصفة بدلا من الحكم بعدم القبول ، ولا يكون ذلك إلا أمام محكمة أول درجة فقط . (نقض ١٩٨٠/٢/١٢ س٣١ ص٤٨١)

أحكام النقض :

الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها وتستنفد محكمة الدرجة الأولى بالقضاء فيه ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى . (الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ س٢٩ ص٧٥١)

بطلان الإجراءات المبنى على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى لا شأن له – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بالنظام العام ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة اختصمت المطعون عليه الرابع باعتبار أنه الذي حل محل الحارس العام في تمثيل الخاضعين للحراسة ولم تنكر عليه هذه الصفة في مذكرتها التي قدمتها الى محكمة الاستئناف ردا على الدفع المبدي منه بسقوط الخصومة ، فإن ما تثيره الطاعنة بهذا السبب من انعدام صفة المطعون عليه الرابع في الاستئناف يكون سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يقبل من الطاعنة وقد تخلت عن مخاصمة الحارس العام – المطعون عليهما الأول والثاني – التحدي بتعجيلها الدعوى ضده في الميعاد القانوني . (الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٩ س٢٩ ص١٩٥٦ ، الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س٣٠ ص٣٣٨ ع١ ، الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٥ س٣٠ ص٢٩٧ ع٢ ، الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩)

من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها في نظر موضوع الدعوى ويطرح لاستئناف المقام عن هذا الحكم الدعوى برمتها أمام محكمة الاستئناف بما حوته من أدلة ودفوع وأوجه دفاع ولا يجوز لها أن تعيديها الى محكمة أول درجة بل عليها أن تفصل في موضوعها دون أن يعد ذلك من جانبها .... على مبدأ التقاضي على درجتين ، وإذ التزم الحكم المطعون في هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون . (الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠ س٢٩ ص١٦٤٠)

تقضي المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ برفع الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الذين فرضت عليهم طبقا لأحكام الطوارئ بأن تؤول الى الدولة الأموال والممتلكات التي رفعت الحراسة عنها وبعوض صاحبها بتعويض إجمالي قدره ٣٠ ألف جنيه ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعوض عنها بمقدار هذه القيمة ، وتقضي الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٣ - الصادر بالاستناد الى ذلك القانون - على أن الأموال والممتلكات التي تؤول الى الدولة ويعوض عنها صاحبها وفقا لأحكام القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦٤ المشار إليه هى صافي قيمتها بعد استنزال جميع الديون العقارية والممتازة والعادية بحيث تكون سندات التعويض ممثلة لناتج التصفية ، ولا يجوز الرجوع على صاحب هذه السندات بغير الديون التي يرفض المدير العام أداءها بقرار مسبب لعدم جديتها أو صوريتها أو لأى سبب آخر يقره القانون ، ومؤدى ذلك أنه يجب على الدائنين للأشخاص الذين رفعت الحراسة عن أموالهم التي آلت الى الدولة أن يقدموا الى المدير العام لإدارة الأموال المذكورة بديونهم قبل التجائهم الى القضاء للمطالبة بها ، وأن ما يؤول الى الدولة إنما هو صافي أموال الأشخاص الموضوعين تحت الحراسة بعد استنزال الديون التي في ذمتهم وإجراء تصفية يتولاها المدير العام لإدارة الأموال التي آلت الى الدولة بحيث تعطى لهم سندات التعويض بقيمة ناتج هذه التصفية ويلزم المدير المذكور في سبيل ذلك بأن يؤدي الى الدائنين ديونهم بوصفه مصفيا ينوب في الوفاء بها عن المدين نيابة قانونية ، ويصدق ذلك بالنسبة الى جميع الديون سواء كانت عقارية أو ممتازة أو عادية متى كان قد تم الإخطار عنها وفقا للقانون وكانت تدخل في نطاق قيمة الأصول المملوكة للمدين ولا يستثنى من ذلك سوى الدين الذي يصدر قرارا مسببا برفض أدائه لعدم جديته أو لصوريته أو بغير ذلك من الأسباب التي يتحقق معها أن الدين قد اتفق عليه مع المدين بقصد إخراج بعض الأموال من نطاق الحراسة إضرارا بالمصلحة العامة ، فيمتنع على ذلك المدير بحكم القانون أداؤه من جانبه ، كما يمتنع على الدائن مطالبته به ، وإن كان يجوز لهذا الدائن أن يرجع به قضاء على المدين صاحب سندات التعويض ، أما إذا لم يصدر المدير قرارا مسببا برفض الدين ، ومن ثم لم يتعلق به سبب من أسباب الاعتراف من جانب السلطة العامة فإن امتناعه عن أداء ذلك الدين يكون بمثابة امتناع المدين أو نائبه عن الوفاء بدين لم يجحده مما يحق معه للدائن أن يطالب به ، وإذا كان ذلك وكان تحقيق الديون وإقرارها ورفضها قد أضحى بموجب القرار الجمهوري رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ من سلطة المدير العام لإدارة الأموال التي آلت الى الدولة فإن القرار الذي يصدر من الحارس العام بعدم الاعتداد بالدين بعد رفع الحراسة يكون صادرا ممن لا يملكه ، ومن ثم لا أثر له قانونا .

الثابت من الرجوع الى القانون ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم المؤسسات العلاجية الذي عمل به اعتبارا من ١٩٦٤/٣/٢٤ أن المستشفى اليوناني بالإسكندرية لم تكن من بين المستشفيات المبينة بالكشف المرافق للقانون التي نصت المادة الأولى منه على أن تؤول ملكيتها الى الدولة ، إلا أنه لما كانت المادة ١١ من القانون المذكور قد نصت على أن يشكل بقرار من وزير الصحة مجالس إدارة للمستشفيات الأخرى المرخص بها طبقا لأحكام القانون رقم ٤٩٠ لسنة ١٩٥٥ ولا تصبح قراراتها نافذة إلا بعد اعتمادها منه ، كما تصدر جميع اللوائح الخاصة بهذه المستشفيات والعاملين بها بقرار من وزير الصحة وكانت المستشفة اليوناني بالإسكندرية مرخصا به طبقا لأحكام القانون رقم ٤٩٠ لسنة ١٩٥٥ ، وكان وزير الصحة قد أصدر قراره رقم ٥٥٠ لسنة ١٩٦٤ باللائحة الأساسية للمستشفى متضمنا تفويضا لمحافظة الإسكندرية بتشكيل مجلس إدارة مؤقت للمستشفى المذكور ، وصدر قرار محافظ الإسكندرية رقم ٣٤٣ لسنة ١٩٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/٩/١٦ بتشكيل مجلس إدارة للمستشفى وزالت صفتها في تلك الإدارة ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الجمعية الطاعنة إنما تستمد صفتها في تمثيل المستشفة من تلك الإدارة والتي زايلتها فإنه لا يكون لها صفة في رفع دعواها بالصحيفة المودعة في ١٩٦٩/١/٢٢ للمطالبة بالمبالغ الموصى بها للمستشفى .

إذ كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا لم يكن التوكيل صريحا في تخويل المحامي أن يطعن نيابة عن الموكل بطريق النقض . فللمحكمة أن تحصل ذلك من عبارة التوكيل والملابسات التي حرر فيها . لما كان ذلك ، وكانت عبارات التوكيل تدل على أن الطاعن فوض زوجته إدارة كافة أمواله والتصرف فيها وأنه ولكها في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ عليها ، فإن صدور التوكيل في الخارج ومن شخص غير مصري ليس له دراية بإجراءات التقاضي في مصر يشير الى أن نطاق التوكيل العام يرخص لزوجة الطاعن ووكيلته في توكيل محامين نيابة عنه لمباشرة إجراءات الدعاوى أمام المحاكم بمختلف درجاتها ومنها محكمة النقض . (الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ س٢٩ ص٧٦٢)

مؤدى نص المادة ٢١٧ من قانون التجارة أن تغل يد المفلس عن مباشرة الدعاوى التي يكون طرفا فيها قبل إشهار إفلاسه ، ويعتبر وكيل التفليسة من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس الممثل القانوني لها ، ويضحى صاحب الصفة في تمثيلها دون المفلس في كافة الدعاوى يستوى في ذلك تلك المقامة من المفلس أو عليه أو التي ترفع مستق بلا ، وإذ رفع الطعن الحالي بهذه الصفة وكانت الخصومة في الاستئناف معقودة في حقيقتها بين المطعون عليها الأولى وبين الطاعن بصفته وحده ، فإنه لا يجوز اختصام المطعون عليها الثانية بصفتها الشخصية في هذا الطعن . لا يغير من ذلك ورود اسم هذه الأخيرة في ديباجة الحكم المطعون فيه أو أن المادة ٢١٨ من قانون التجارة تجيز للمفلس التدخل في الدعاوى التي ترفع على التفليسة ، إذ مجال انطباق هذه المادة أن يكون السنديك مدعى عليه .

سلطة الحارس القضائي وفقا لنص المادة ٧٣٤ من القانون المدني تلزمه المحافظة على الأموال التي يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها وما تتطلبه من أعمال لرعايتها باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ، ولا يكتفي بالعناية التي يتوخاها عادة في شئونه الشخصية ، وهذا الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية ، بل يوجب عليه أيضا أن يتفادى في شأنها ما قد يعتريها من أضرار باتخاذ ما تستدعيه من إجراءات إدارية أو قضائية في صددها وطبيعة هذا الالتزام وانصبابه على مال مشمول بالحراسة وموجود حكما أو فعلا في حوزة الحارس يقتضي أن ترفع منه أو عليه – دون المالك للمال – كافة الدعاوى المتعلقة بأعمال الحفظ والصيانة الداخلة في سلطته ، وإذ كان الواقع في الدعوى أن المطعون عليها طلبت فسخ عقد الإيجار والإخلاء وإزالة ما أقامه المستأجر على سند من أن الطاعنين عمدوا الى إلغاء حديقة المنزل وأقاموا بدلها عدة أبنية كما هدموا سطح العقار وشيدوا فيه عدة حجرات دون موافقة المؤجر وبالمخالفة للحظر الوارد بالبند الثاني من العقد من منح إجراء التغيير أو استعمال العقار بطريقة تنافي شروطه ، فإن ما سلكته المطعون عليها بوصفها حارسة قضائية من إقامة الدعوى وتحديد الطلبات فيها – أيا كان وجه الرأى في سدادها – يندرج ضمن سلطة الحارس القضائي في تأدية التزامه بالحفاظ على الأموال المشمولة بحراسته .

مفاد المادة ١/٦٠١ من القانون المدني أن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ، بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه الى ورثته ، وكان مؤدى المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من ذات القانون أن إدارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ، وإذ تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عدا وكيلا عنهم . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن عقد الإيجار مبرم بين الطاعن ومورث المطعون عليه الذي توفي وانتقلت ملكية العين المؤجرة الى ورثته شيوعا من بينهم المطعون عليه ، وكان رفع الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء لتغيير الاستعمال يندرج ضمن إدارة المال الشائع وكان أيا من ورثة المؤجر الأصلي لم يعترض على انفراد المطعون عليه برفعها فإن ذلك يحمل على اعتباره وكيلا عنهم في إقامتها ، وهو ما يكفي بذاته لاكتمال صفته ويكون بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي كامل صفة غير وارد لما كان ما تقدم وكان الدفاع الذي تلتزم المحكمة تحقيقه والرد عليه هو الدفاع الجوهري الذي يكون من شأنها لو محص تغير وجه الرأى في الدعوى ، فإنه لا يعيب الحكم إغفاله الرد على الدفع المشار إليه.

إذ كان الواقع في الدعوى أن الجد الولى الشرعي كان ينوب عن القاصرة في الاستئناف حتى صدر الحكم المطعون فيه ، وكان الثابت أن هذه القاصرة قد بلغت سن الرشد ورفعت عنها الوصاية في ١٩٧٧/٦/١١ وقبل رقع الطعن بالنقض في ١٩٧٧/٧/١٣ ، فإنها وحدها وبصفتها الشخصية تكون ذات الشأن في رفعه بعد زوال صفة من كان يباشر الخصومة عنها ، ويكون الطعن المرفوع من الطاعنة الثالثة بوصفها وصية على الابنة المشار إليها غير مقبول ، لا يغير من ذلك أن يقدم الحاضر عن الطاعنين بالجلسة توكيلا صادرا إليه من الابنة وبصفتها الشخصية في ١٩٧٧/٨/٢١ لمباشرة الخصومة نيابة عنها ، لأن هذا التوكيل ليس من شأنه أن يجعل صحيفة الطعن مرفوعة منها بهذه الصفة . (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ س٢٩ ص١٩٨٣)

يشترط لقبول الطعن من الطاعن أن يكون طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم بشخصه أو بمن ينوب عنه ، وكانت العبرة في توافر هذه الصفة بحقيقة الواقع ، ولا يعتبر الشخص طرفا في خصومة بتمثيل الغير له إلا إذا كان هذا التمثيل مقطوعا به ، فإن انتحلت صفة النيابة أو أضفاها الحكم على شخص بلا مبرر ، فهذا غير كاف لاعتباره طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم بما يحق له الطعن فيه ، ويكون ذلك جائزا من صاحب الصفة الحقيقي . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعنة الثانية عينت وصية على أولادها قصر المتوفى بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٢٨ بدلا من الولى الشرعي الذي كان ينوب عنهم في الاستئناف وظل منتحلا صفة تمثيله لهم رغم ذلك حتى صدور الحكم المطعون فيه ، فإنه يكون للطاعنة الثانية بصفتها الوصية على القصر - وحدها - حق الطعن بصفتها هذه على هذا الحكم ولا يقدح في ذلك أن الطاعنة الثانية كانت ممثلة في مرحلة الاستئناف لشخصها ، وأنها لم تفصح عن صفتها كوصية حتى صدر الحكم المطعون فيه في مواجهة الجد باعتباره وليا شرعيا ، طالما أن الطعن رفع من الممثل الحقيقي للقصر . (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ س٢٩ ص١٩٨٣)

بطلان الإجراءات المبنى على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى لا شأن له - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بالنظام العام وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بانعدام صفة من اختصم في الدعوى ممثلا لها - باعتباره مديرا للشركة ولم يختصم رئيس مجلس الإدارة - فإنه لا يجوز لها إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض . (الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠ س٣٠ ع١ ص١٥٢)

تأييد الحكم المطعون فيه قضاء محكمة أول درجة بشأن عدم قبول دعوى تحديد الأجرة - المقامة من المستأجر - من الباطن - بمقولة أنها لا تقام إلا على الملك دون المستأجر ينطوي على تقرير قانوني خاطئ . (الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٨ س٣٠ ع١ ص٩٥٣)

إذ كان الحكم المطعون فيه والذي قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة وبقبولها وبإعادة القضية لمحكمة أول درجة للقضاء في موضوعها لم ينهي الخصومة كلها - والتي كانت مازالت مرددة بين الأطراف - ليس من الأحكام المستثناة الواردة على سبيل الحصر في المادة ٢١٢ مرافعات فإنه لا يجوز الطعن فيه بالنقض على استقلال ، وإذ التزمت الطاعنة هذا النظر ولم تطعن في هذا الحكم إلا من الحكم المنهي للخصومة كلها في الميعاد ، فإنها تكون قد أصابت صحيح القانون . (الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س٣٠ ص٢٩٧)

استخلاص توافر الصفة في الدعوى هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى وهو مما يستقل به قاضي الموضوع وبحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله . (الطعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س٣٠ ع٢ ص٢٩٧)

يترتب على حل الشركة زوال صفة مديريها في تمثيلها ، ويحل محلهم المصفى الذي عينته المحكمة ويكون هو صاحب الصفة الوحيد في تمثيل الشركة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى . (الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٩/٣/٥ س٣٠ ع١ ص٧١٣)

إذ كان الثابت من مدونات حكم محكمة الدرجة الأولى المؤيد بالحكم المطعون فيه ، أن المطعون عليه قدم شهادة صادرة من رئيس المجلس الملي العام ورد بها أن المدعى (الطاعن) ومن معه خرجوا على قرارات المجلس وأن شخصيته كممثل لكنيسة المثال قد زالت ، كما قدم قرارين صادرين من المجلس الملي العام بضم كنيسة المثال المسيحي بشبرا الى كبيسة نهضة القداسة ، وكان الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم الابتدائي المؤيد به ، قد عولا على تلك المستندات واستخلصا منها انتفاء صفة المدعى وقت رفع الدعوى في تمثيل طائفة كنيسة المثال المسيحي لضمها لطائفة نهضة القداسة ، وهو استخلاص سائغ يكفي لحمل قضائه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ، فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون ، يكون غير صحيح . (الطعن رقم ٤٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/١ س٣٠ ع١ ص٦٦٢)

تمثيل المصفى للشركة في فترة التصفية متعلق فقط بالأعمال التي تستلزمها التصفية وبالدعاوى التي ترفع من الشركة أو عليها أما إذا تعلق الأمر بالشروع في تنفيذ الحكم القاضي بحل الشركة وتصفيتها وتعيين أحد الشركاء مصفيا لها فإنه لا يعدو أن يكون حكما من الأحكام التي يراد تنفيذها هناك ، لا تختلط صفة المصفى مع صفة المحكوم له ، لأن الأمر لا يتعلق حينئذ بالمنازعة فيما قضى به الحكم من تعيينه مصفيا أو سلطاته في التصفية أو بصحة الإجراءات التي اتخذها بحسبانه مصفيا لشركة تحت التصفية ، وإنما يتعلق الأمر بجواز تنفيذ حكم وبصحة إجراءات هذا التنفيذ لذلك لا تكون صفته كمصف ملحوظة وإنما تبرز فقط صفته كطالب تنفيذ محكوم له ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اختصامه بصفته مصفيا فإنه يكون قد التزم صحيح القانون . (الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س٣٠ ع٢ ص٢٩١)

إذ كان البين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثاني بصفته – وزير المالية – اختصم وبنك ناصر الاجتماعي المطعون عليه الثالث باعتبارهما يمثلان بيت المال لوفاة المستأجر الأصلى دون وارث ، وطلب المطعون عليه الثاني بصفته إخراجه من الدعوى لأنه لا يمثل بيت المال ، وكان بنك ناصر الاجتماعي – المطعون عليه الثالث – هو الممثل القانوني له ، فإن الدفع – المبدي من المطعون عليه الثاني بصفته بعدم قبول الطعن استنادا الى أنه ليس خصما حقيقا في النزاع – يكون في غير محله . (الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ س٣٠ ع١ ص٥٢٠)

فرض الحراسة الإدارية على أموال وممتلكات أحد الأشخاص يترتب عليه أن يتولى الحارس العام إدارة أمواله وتمثيله أمام القضاء ، وأن مقتضى إنهاء الحراسة أن يعود التقاضي الى هذا الشخص إلا أن المشرع تصور أن هناك فترة تمضي بين إنهاء الحراسة حكما وبين انتهائها فعلا بتسليم الذي كان خاضعا للحراسة أمواله ، وفي هذه الفترة يتولى الحارس أمر هذه الأموال لحين تسليمها لصاحبها وبذلك أناب المشرع الحارس على تلك الأموال نيابة قانونية في إدارتها وما يستتبع ذلك من حق التقاضي فيما ينشأ عن أعمال إدارتها من منازعات الى أن يتم تسليمها لصاحبها . (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢ س٣٠ ع٢ ص٥٢٣)

إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن مورث المطعون عليهم ففرضت عليه الحراسة الإدارية بموجب الأمر رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦١ ثم رفعت عنه بموجب القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكاد مفاد نص المادة الثانية من هذا القانون الأخير أن الأموال والممتلكات التي وضعت تحت الحراسة بموجب قانون الطوارئ تؤول الى الدولة من وقت رفع الحراسة بحكم القانون ، وذلك مقابل تعويض عنها يحدد بمقدار صافي قيمتها وبحد أقصى لا يجاوز ثلاثين ألف جنيه ، ويترتب على ذلك أن تصبح الدولة صاحبة الصفة في المطالبة بهذه الأموال والممتلكات ، ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ من رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم طبقا لأحكام قانون الطوارئ ، مما مقتضاه أن يعود إليهم حق التقاضي وأن تكون لهم مصلحة في الدفاع عن حقوقهم حتى لا ينتقص التعويض المستحق لهم عن الحد المقرر ف القانون وإذ كان المبلغ المطالب باسترداده من الطاعنين هو من الأموال التي آلت الى الدولة بمقتضى القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ ، وقد حصله الطاعنان نفاذا للحكم ... بطريق الحجز ضد إدارة الأموال التي آلت الى الدولة – المحكوم عليها فيه – تحت يد شركة التأمين الأهلية ، وذلك كالثابت من مدونات لحكم المذكور ، فتكون إدارة الأموال هذه – بنقض الحكم المذكور المنفذ به – هى صاحبة الصفة في استرداد المبلغ المحصل بمقتضاه ، بما ينفي عن المطعون عليهم ومورثهم من قبلهم الصفة في استرداد هذا المبلغ ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر ، وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٦/٧ س٣٠ ع٢ ص٥٨٥)

إذ كان الثابت من الأوراق أن الضرر الذي لحق بالمطعون ضدهم والذي صدر الحكم المطعون فيه بتعويضهم عنه قد وقع في تاريخ وفاة مورثهم في ١٩٦٩/٦/٧ وأن المطعون ضده الأخير – مرتكب الحادث العامل بورش الرى – كان تابعا في هذا التاريخ للطاعن – وزير الرى بصفته – حيث لم تنشأ الهيئة العامة لورش الرى إلا منذ تاريخ العمل بالقرار الجمهوري رقم ٨١٤ لسنة ٧١ الصادر بإنشائها في ١٩٧١/٦/٣ وكانت وزارة الرى المسئولة أصلا بصفتها متبوعة وقت الحادث مازالت قائمة ، وكانت الهيئة العامة المشار إليها لا تعتبر بذلك خلفا عاما لوزارة الرى – كما أنها لا تعتبر خلفا خاصا لها في هذا الصدد ولخلو قرار إنشائها من نص يفيد نقل التزامات وزارة الرى إليها . فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة يكون قد أصاب صحيح القانون . (الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣ س٣٠ ع٣ ص٣٥٧)

إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن – وزير التأمينات الاجتماعية بصفته وإن أبدى الدفع بعدم قبول الاستئناف بالنسبة له أمام المحكمة الاستئنافية إلا أنه ما كان يستهدف من دفعه المنازعة في صحة اختصاصه في الطعن بالاستئناف بل أفصح عن قوام هذا الدفع وهو انتفاء تمثيله هيئة التأمينات الاجتماعية المقصودة بالخصومة في النزاع المطروح في الدعوى لأن ممثلها هو رئيس مجلس إدارتها ، ومن ثم فإن هذا الدفع لا يكون دفعا بالشرائط الشكلية المطعون بالاستئناف إذ لا ينطوي على المنازعة في كون من اختصم في الطعن لم يكن خصما أمام محكمة أول درجة بل يعد في حقيقته وحسب مرماه دفعا بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة وهو دفع موضوعي مما يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى عملا بالمادة ١١٥ من قانون المرافعات ، فلا يحول دون التمسك به عدم إبدائه أمام محكمة أول درجة لما للخصم من حق في إبداء ما له من دفوع وأوجه دفاع جديدة أمام محكمة الاستئناف . (الطعنان رقمى ٣١٨ ، ٥٥١ جلسة ١٩٨٠/١/١٠)

اختصام ذى الصفة في الدعوى بدلا من الحكم بعدم قبولها عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من قانون المرافعات تبسيطا للإجراءات وتقديرا من المشرع لتنوع وتعدد فروع الوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات على نحو يصعب معه تحديد الجهات التي لها صفة في التداعي لا يكون له محل أمام محكمة أول درجة فقط ، إذ لا يجوز أن يختصم أمام محكمة الدرجة الثانية من لم يكن طرفا الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى إذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن الخامس وزير المالية - دفع بعدم جواز إدخاله في الخصومة أمام محكمة الاستئناف لأنه لم يكن خصما في الدعوى المستأنف حكمها وواجه الحكم المطعون فيه هذا الدفع بأن إدخال الطاعن الخامس لا يعدو أن يكون إدخالا لممثل الطاعنين الأول والثاني في الدعوى بعد أن قضى بقبول الاستئناف قبلهم بحكم سابق ولا يعتبر إدخالا لخصوم جدد ورتب على ذلك إلزام السيد وزير المالية بصفته بالطلبات فإنه يكون بدوره قد خالف القانون . (الطعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)

المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يكفي فيمن يختصم في الطعن أن يكون خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بل ينبغي أن يكون خصما حقيقيا وذا صف في تمثيله بالخصومة ، وكان مفاد نص المادتين ١/٥٢ ، ٥٣ من القانون المدني أن الأشخاص الاعتبارية هى الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية ويكون لها حق التقاضي ولكل منها نائب يعبر عن إرادتها وكان النزاع المطروح في الطعن من منازعات التنفيذ المتعلقة بإجراءات الحجز الإداري التي اتخذتها مصلحة الضرائب على العقار محل التداعي فإن المطعون ضده الثاني - وزير المالية - يكون هو الممثل لتلك الجهة الإدارية المقصودة بالخصومة دون المطعون ضده الأول مراقب مأمورية الضرائب التي أصدرت أمر الحجز ويكون اختصام هذا الأخير في الطعن اختصاما لغير ذي صفة مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة له . (الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٦)

المقرر في قضاء محكمة النقض ، أن شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق المدعى به مما وصفته المادة الثالثة من قانون المرافعات بأنه المصلحة التي يقرها القانون ، ومفاد ذلك أن مجرد توافر مصلحة للمدعى في الحصول على منفعة مادية أو أدبية لا يكفي لقبول دعواه مادامت هذه المصلحة لا تستند الى حق له يحميه القانون ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن رابطة الزوجية التي قامت بين الطاعن الأول وبين المطعون ضده قد انفصمت عراها بصدور حكم نهائي بتطليقها منه وبذلك تنقضي العلاقة التي كانت قائمة بينهما ويعتبر كل منهما أجنبيا عن الآخر ولا يحق لأيهما التعرض للآخر في علاقاته الزوجية المستقبلة ومن قم لا تكون للمطعون ضده صفة في طلب إبطال زواج مطلقته المذكورة من الطاعن الثاني ولا يغير من ذلك ارتباط هذا الزوج به بقرابة قريبه باعتباره ابن أخت به - وهو ما تحرمه شريعة الأقباط الإنجيليين - طالما أن هذه القرابة لم تكسبه حق الولاية عليه التي لا يكون له بدونها شأن في طلب إبطال زواجه أيا كانت أوجه البطلان المدعى بها ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المطعون ضده في إقامتها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/١٧)

لا يوجد في القانون ما يحول دون توجيه الدعوى للخصم في شخص وكيله ويكفي في ذلك أن يقرن اسم آخر باسم الموكل . (الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/١٢ ، الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨٢٣)

إن قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٨٧ لسنة ١٩٦٧ الصادر بإعادة تنظيم المؤسسات العامة التموينية نص في المادة الثانية منه على أن يعدل اسم المؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز الى المؤسسة المصرية العامة للمطاحن والصوامع والمخابز وتحل محل هذه المؤسسة في شئون المضارب مؤسسة عامة جديدة تسمى المؤسسة المصرية العامة للمضارب (الطاعنة) ويصدر بتنظيمها قرار من رئيس الجمهورية ، ولما كان مؤدى ذلك أن المشرع أحل المؤسسة الطاعنة حلولا قانونيا محل المؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز في شئون المضارب فيما لها وما عليها ، مما يترتب عليه أيلولة جميع الحقوق ، والالتزامات الخاصة بالمؤسسة السابقة في خصوص المضارب الى المؤسسة الجديدة فتصبح هذه الأخيرة هى الجهة التي تخاصم وتختصم في شأن حقوق والتزامات المؤسسة السابقة. (الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٦)

مفاد المادة ٢٧ من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن الحكم المحلي أن المشرع بعد أم استبعد الهيئات القضائية والجهات المعاونة بها من نطاق نظام الحكم المحلي ، قسم فروع الوزارات في المحافظات الى قسمين قسم نقل اختصاصاته الى الوحدات المحلية فألحقه بها وصار من توابعها وبالتالي يمثله قانونا المحافظ أو رئيس الوحدة المحلية حسب الأحوال ، وقسم أبقى اختصاصاته للوزارات التابع لها ولم يعهد الى المحافظ سوى الإشراف عليه دون - تبعيته له وبالتالي فلا يمثله قانونا . لما كان ذلك ، وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من ذات القانون تنص على أن " المحافظ مسئول عن الأمن والأخلاق والقيم العامة بالمحافظة يعاونه في ذلك مدير الأمن في إطار السياسة التي يضعها وزير الداخلية وعلى مدير الأمن أن يبحث مع المحافظ الخطط الخاصة بالحفاظ على أمن المحافظة لاعتمادها ويلزم مدير الأمن بإخطاره فورا عن الحوادث ذات الأهمية الخاصة على أن يتم إعداد التدابير اللازمة في هذا الشأن بالاتفاق بينهما " بما مؤداه أن المشرع لم ينقل اختصاصات الأمن من وزارة الداخلية الى الوحدات المحلية إذ لم يجعل أجهزة الأمن بالمحافظة تابعة تبعية مطلقة للمحافظ وإنما جعل مسئولية هذا الأخير عنها مجرد مسئولية إشراف في إطار من التعاون بينه وبين مدير الأمن ومن ثم تظل هذه الأجهزة خاضعة لوزارة الداخلية وموظفوها تابعين لوزير الداخلية . (الطعن رقم ٢٢٢٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٠)

اختصام ذي الصفة الحقيقي في الدعوى إعمالا للمادة ١١٥ مرافعات. كفايته بالإعلان. علة ذلك . (الطعن رقم ٩٤٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٢)

رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي. هو صاحب الصفة في تمثيلها أمام القضاء سلطة الوزير في الإشراف على الهيئة لا يغير من ذلك. (الطعن رقم ٩٤٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩)

إلغاء المؤسسات العامة وتصفية أعمالها بقرارات يصدرها الوزير المختص بالاتفاق مع وزير المالية ق١١١ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون ١١١ لسنة ١٩٧٦. مؤداه تفويضه في تحديد الجهات التي تؤول إليها حقوقها والتزاماتها مثال بشأن إلغاء المؤسسة المصرية العامة لاستزراع وتنمية الأراضي المستصلحة. (الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/٤/١)

الوزير هو صاحب الصفة في تمثيل وزارته والمصالح والإدارات التابعة لها أمام القضاء. الاستثناء منح جهة إدارية معينة الشخصية الاعتبارية وإسناد صفة النيابة عنها لغير الوزير، وزير المالية دون غيره الممثل لمصلحة الضرائب ومأمورياتها أمام القضاء. علة ذلك. (الطعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨)

تمثيل الدولة في التقاضي، فرع من النيابة القانونية عنها. وجوب الرجوع الى مصدرها وهو القانون في بيان مداها ونطاقها. رئيس مجلس الشعب وهو صاحب الصفة - دون غيره - في تمثيله ولجانه بما في ذلك رئيس اللجنة التشريعية. (الطعن رقم ٣٢٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٨)

الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة. موضوعي. م١١٥ مرافعات. القضاء بقبوله . أثره. خسران المدعى لدعواه. كفاية تحقق المصلحة الشخصية المباشرة وقت رفع الدعوى ولو زالت بعد ذلك . (الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٣)

الدفع بعدم قبول الدعوى بحالتها لعدم قبول الدعوى بحالتها لعدم اختصام شريك المطعون عليه في عقد البدل وسائر المستأجرين للأرض. مغاير للدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة المؤسس على أن ذلك يتضمن صفقة واحدة لا تقبل التجزئة - وذلك في مضمونه ومبناه. (الطعن رقم ١٠٨٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/١/١٤)

التسخير في الصورية. عدم اقتصاره على التصرفات. جوازه في الخصومة والإجراءات القضائية. شرطه . ألا يقصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع. (الطعن رقم ٢٢٠٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/١/٢١)

التحقق من صفة رافع الدعوى. استقلال محكمة الموضوع به دون رقابة من محكمة النقض. (الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٨)

المختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى وبذات صفتهم. م٢٣٦ مرافعات . تصحيح الصفة وفقا للمادة ١١٥ مرافعات وجوب تمامه في المواعيد المحددة لرفع الدعوى مثال . بشأن أيلولة بيت المال لبنك ناصر الاجتماعي أثناء نظر الاستئناف. (الطعن رقم ١٢٠٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٤/١)

استخلاص توافر الصفة في الدعوى. استقلال محكمة الموضوع به . متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله . (الطعن رقم ٢١٠٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٢)

أعمال الحفظ التي يحق للشريك على الشيوع اتخاذها بغير موافقة باقي الشركاء. م٨٣ مدني . اتساعها لرفع دعاوى الحدود والحيازة والاستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض . (الطعنان رقما ١٣٧٤ ، ١٤٠٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٦/١٦)

الدفع بعدم قبول الدعوى:

هو الدفع الذي يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها أو نحو ذلك مما لا يتختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى ، وينبني على ذلك هذه المادة لا تنطبق الأعلى الدفع بعدم القبول الموضوعي دون الدفع الشكلي الذي يتخذ اسم عدم القبول لأن - العبرة بحقيقة الدفع ومرماه وليس بالتسمية التي يطلقها عليه الخصوم .

وقد قضت محكمة النقض بأنه الدفع بعدم القبول ليس من قبيل الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات التي أشارت إليها المادة ١٠٨ من قانون المرافعات والتي يجب إبداؤها قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، ولئن كان المشرع لم يضع له تعريفا تقديرا منه لصعوبة فرض تحديد جامع مانع له على ما أفصحت عنه المذكر ة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات السابق في صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من قانون المرافعات القائم إلا أنه وعلى ضوء ما ورد بهذه المذكرة من أن الدفع الذي يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبنى على تخلف هذا الإجراء يعد دفعا شكليا قد يخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى انتفت صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها ، وذلك دون اعتداد بالتسمية التي تطلق عليه لأن العبرة في تكييف الدفع هى بحقيقة جوهره ومرماه " (حكم الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية في ١٩٨٩/٢/٨ طعن ١٨ لسنة ٥٠ق - م نقض م - ٣٦ - ٧)

وقضت أيضا بأنه " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المقصود بالدفع بعدم القبول الذي تعنيه المادة ١١٥ من قانون المرافعات هو الدفع الذي يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة - لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفوع المتعلقة بشكل الإجراءات والتي تبدي قبل التكلم في الموضوع من جهة ، ولا بالدفوع المتصلة بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى " (١٩٨٧/٣/٣٠ طعن ٦٣٥ لسنة ٥٣ق - م نقض م - ٣٨ - ٥١٢ ويراجع في نفس المعنى ١٩٨٤/٦/٢٨ طعن ٥٧٨ لسنة ٥١ق - ١٩٨٤/٥/١٥ طعن ١٨٦٣ لسنة ٥٠ق - ١٩٧٩/٥/٢٣ - م نقض م - ٣٠ العدد الثاني - ٤٢٨ - ١٩٧٢/٣/٢٥ - م نقض م - ٢٣ - ٩٨١ - ١٩٦٢/٣/٢٩ - م نقض م - ١٣ - ٣٣٩ - ١٩٩٣/٦/٢٠ طعن ٥٢٦٧ لسنة ٦٢ق)

المقصود بالصفة والمصلحة التي يترتب على انتفائهما عدم قبول الدعوى :

هو المصلحة بالمعنى المقصود في المادة ٣ مرافعات . (١٩٨٠/٤/٢٦ طعن ١٥٢ لسنة ٤١ق - م نقض م - ٣١ - ١٢٢٣)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن الدفع بعدم قبول الدعوى الذي تستنفذ به محكمة الدرجة الأولى ولايتها والذي تعنيه الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من قانون المرافعات ، هو الدفع الذي يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره فالدفع الوارد بهذه المادة لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات وأن اتحد معه في الاسم (بعدم القبول) لأن العبرة في تكييف الدفع بحقيقة جوهره كما تستخلصه المحكمة من مرماه بغض النظر عن ظاهره الذي يخلعه عليه الخصم وفي ذلك ما يوجب على محكمة الاستئناف لدى معاودتها النظر في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى ، استجلاء حقيقة الدفع بذلك تعرفا على مدى اتصاله بخصائص المصلحة في الدعوى وتحديدا لمدى استنفاذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها في الدعوى أو قيام حقها في استكمال نظرها في حالة قضاء محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى وبقبولها "

والمقصود بالدفع بانتفاء الحق في الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن الحق موضوع الدعوى هو الدفع بانعدام الحق في الدعوى أو بسقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفع الدعوى ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا الدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى . (١٩٨١/١١/٢٩ طعن ١٠١٣ لسنة ٤٨ق – م نقض م – ٣٢ – ٢١٥٦)

فيعد دفعا بعدم القبول الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة أحد الخصوم (١٩٧٧/٢/٢ طعن ٣٢٥ لسنة ٤٠ق – م نقض م – ٢٨ – ٣٥٣ – ١٩٧٢/٢/١٦ – م نقض م – ٢٣ – ١٣٩٨ – ١٩٧١/٤/٢٢ – م نقض م – ٢٢ – ٥٥٣ – ١٩٧٠/١/٧ – م نقض م – ٢١ – ١٨) والدفع بعدم قبول دعوى المشتري يعقد غير مسجل ضد المستأجر من البائع بإخلاله لعدم سداد الأجرة (١٩٧٧/١١/٨ طعن ٩٧٨ لسنة ٤٦ق – م نقض م – ٣٠ – العدد الثالث) والدفع بعدم قبول الدعوى لعدم الالتجاء الى جهة معينة يستلزم القانون اللجوء إليها قبل رفع الدعوى وذلك لتعلق الدفع في هذه الحالة بالحق في رفع الدعوى باعتباره حقا متميزا عن الحق موضوع الدعوى ، ومن صور الدفع في هذه الحالة الدفع بعدم قبول دعوى دائن ممن رفعت عنه الحراسة وآلت أمواله الى الدولة بموجب القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ ضد المدير العام لإدارة الأموال التي آلت الى الدولة قبل اللجوء الى هذا المدير ليصدر قرارا بشأن الدين (١٩٨٥/٣/٢٥ في الطعون رقم ٥٢٣ ، ١٤٧٤ ، ١٤٩٨ لسنة ٥٣ق – م نقض م – ٣٦ – ٤٨٤) وكذلك الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء يتعلق بالحق في إقامتها كالدفع بعدم قبول دعوى المؤجر بطلب إخلاء المستأجر لعدم سبقها بإعذاره وفقا لحكم المادة ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ إذ هو في حقيقته دفع بعدم سماع الدعوى لرفعها قبل اتخاذ إجراء يودبه القانون قبل رفها (١٩٨٩/١١/٢٧ طعن ٢٢٩ لسنة ٥٤ق) والدفع بعدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر لأنهما لا يدينان بوقوع الطلاق طبقا لنص الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ هو يقوم على الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى ومن ثم فإنه بحسب مرماه دفع موضوعي بعدم قبول الدعوى يخضع لأحكام المادة ١١٥ مرافعات (١٩٨٤/٤/١٠ طعن ٣١ لسنة ٥٣ق – م نقض م – ٣٥ – ٩٥٩)

وهناك الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا الدفع تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها فقد نصت المادة (١١٦) مرافعات على أنه " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ : " استحدث المشروع حكما جديدا مغايرا لما تنص عليه المادة ٢/٤٠٥ من القانون المدني القائم فنص في المادة ١١٦ على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وعلة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام من أى أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها وبذلك أصبح هذا الاستحداث متمشيا مع ما نص عليه في المادة ٢٤٩ من المشروع فقد كان غريبا أن يحظر على المحاكم أن تقضي من تلقاء نفها بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بينما يكون الحكم الصادر على خلاف حكم سابق قابلا للطعن بالنقض سواء دفع الخصوم بهذا الدفع أم لم يدفعوا (المادة الثالثة من قانون حالات النقض)

والدفع بعدم القبول ينحصر في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته في استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها دون الأحوال التي ينكر فيها الخصم سلطة خصمه لانتفاء المصلحة ، فالدفع بعدم القبول يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا **exception purement prejudicielle** والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد .

ويتم إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ويجوز إبداؤه شفاهة سواء في حضور الخصم الآخر أو في غيبته ، ويجوز أن يبدى كتابة .

ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال أو تأمر بضمه الى الموضوع ، وكان المشروع المقدم من الحكومة الى البرلمان يضع العبارة الآتية في نص المادة ١٤٢ من القانون السابق "وإذا أبدى هذا الدفع قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه الى الموضوع " ، وقد رأى البرلمان أعمال القواعد العامة يغني عن هذا العبارة فحذفت من المادة .

ولا تقوم المحكمة بضم الدفع الى الموضوع إلا إذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع .

مع مراعاة أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول ، وهذا يعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص فعلى الرغم من أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم الاختصاص . إلا أن المشرع استلزم رعاية لمسائل الاختصاص أن تصدر المحكمة حكمها فيها . فالمادة ١٠٨ تلزم المحكمة بأن تبين ما قضت بخ في الدفع الشكلي وفي موضوع الدعوى كلا على حدة .

ويلاحظ أن الحكم الصادر بقبول الدفع أو عدم قبوله هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع - أى الفرعية - وهو يخضع للقواعد العامة من حيث نصاب استئنافه ، والقاعدة أن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى . (م ٢٢٦)

كما يلاحظ أن الحكم بقبول الدعوى أو قبول الطلب العارض أو قبول التدخل أو قبول الاستئناف لا يقبل الطعن فيه فور صدوره لأنه لا تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها .

أما الحكم بعدم قبول الدعوى برمتها فهو يقبل الطعن فورا ، وهذا بعكس الحكم بعدم قبول الطلب العارض أو عدم قبول التدخل ، فلا يطعن فيه إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة برمتها . (م ٢١٢)

وفي حالة قضاء المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الأخرى ، فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن إلا بعد صدور الحكم في كل الخصومة .

ويلاحظ أن الحكم بقبول الدعوى أو بقبول بعض الطلبات ينفذ فورا دون أن تستوفى بصدده الشروط اللازمة لجواز تنفيذ الأحكام باعتبار المرافعة في الموضوع تنفيذا للحكم برفض الدفع .

والتعرض للموضوع ، من جانب الخصم الذي دفع بعدم القبول رضاء ضمنيا **acquiescement** عن الحكم الصادر برفض الدفع ، فيجوز له بعد صدور الحكم في الموضوع أن يطعن في الحكم الأول .

ونجد المادة ١/٢٢٩ تنص على أن استئناف الحكم المنهي للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قبلت صراحة ، ومن ثم إذا حكم برفض الدفع بعدم القبول ثم صدر الحكم في الموضوع فإن استئناف هذا الحكم الأخير يطرح استئناف الحكم الأول بشرط ألا يكون المستأنف قد قبل الحكم الأول صراحة .

أما إذا صدر الحكم برفض الدفع ثم صدر الحكم في الموضوع لمصلحة من صدر عليه الحكم فترى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق تقول " أن استئناف الحكم في الدعوى يترتب عليه طرح النزاع في كل ما قضت فيه الأحكام الفرعية والأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات ونحوها مما سبق صدوره في القضية ولو كانت هذه الأحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفوع ووجوه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى بدون حاجة الى استئناف الأحكام الصادرة برفضها قبل الفصل في الموضع " .

الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى :

الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لا يمس الموضوع ، ويتعين على محكمة الدرجة الثانية إن هى ألغته أن تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول دعوى التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة لعدم الالتجاء إلا الى اللجنة المختصة للاعتراض على تقدير التعويض مما يعد رفعا لها بغير الطريق القانوني ... إلغاء المحكمة الاستئنافية لهذا الحكم والقضاء بقبول الدعوى .... وجوب إعادتها الى محكمة أول درجة لتفصل في موضوعها " (نقض ١٩٧٩/٣/١٣ رقم ١٢٣٣ لسنة ٤٧ق ، ونقض ١٩٨٠/٥/١٤ رقم ٣٦٠ لسنة ٤٦) وبأنه " قضاء محكمة أول درجة بعدم سماع الدعوى الموجهة ضد الحراسة العامة تطبيقا للقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٩ ... قضاء المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم الابتدائي وسماع الدعوى يترتب عليه وجوب إعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها وذلك لعدم استفاد ولايتها فيها " (نقض ١٩٧٩/١/٢٢ رقم ٦٠٢ لسنة ٤٧ق)

والخلاصة أنه يكون على محكمة الدرجة الثانية - ومن تلقاء نفسها - إذا قضت بإلغاء حكم محكمة الدرجة لأولى بعدم قبول الدعوى أن تعيدها الى هذه المحكمة لتحكم فيها ابتداء ، إذا لم تكن قد استنفذت ولايتها بنظر الموضوع وتأمر قلم كتاب تلك المحكمة بتحديد جلسة لنظرها يعلن بها الخصوم بخطاب مسجل بعلم الوصول .

وهذا لا يعتبر من قبيل الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص عملا بالمادة ١١٠ ، وإنما المقصود من إعادة القضية الى محكمة الدرجة الأولى توفير الجهد والمصروفات بتفادي إقامة دعوى جديدة وتفادي زوال الخصومة الأولى وما رتبته من آثار أهما قطع مدة تقادم الحق المدعى به .

أثر الحكم بعدم قبول الدعوى :

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى زوال إجراءات الخصومة ، وزوال سائر الآثار القانونية المترتبة على قيامها ، فيعود الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى وكأنها لم ترفع قط ، ويزول الأثر المترتب على قطع مدة التقادم .

إلا أن المادة ٣٨٣ من القانون المدني التي تنص على أن مدة التقادم تنقطع برفع الدعوى ولو الى محكمة غير مختصة ، وهى قاعدة استثنائية لا يعمل بها إذا حكم بعدم قبول الدعوى .

ونجد أنه من الصعب وضع قاعدة واحدة بصدد أثر صحيفة الدعوى على مدة التقادم إذا ما حكم بعدم قبولها . فالحكم بعدم القبول في بعض الأحوال يزيل الخصومة ويجعلها كأن لم تكن دون أن يعتبر رفعها قاطعا لمدة سقوط الحق بالتقادم ، كما إذا حكم بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة ، وفي بعض الأحوال الأخرى يترتب على رفع الدعوى قطع مدة التقادم ولو حكم بعدم قبولها بعدئذ ، كما إذا حكم بعدم قبول الطلب الجديد في الاستئناف ، أو عدم قبول الطلب العارض لعدم ارتباطه بالدعوى الأصلية ، أو عدم قبول التدخل أو اختصام الغير بسبب عدم توافر الارتباط أو عدم قبول التدخل أو اختصام الغير بسبب عدم توافر الارتباط أو عدم قبول دعوى طلب دين ثابت بالكتابة بسبب وجوب استصدار أمر الأداء أولاً ، وفي كل هذه الأحوال لا يمكن بحال من الأحوال تجاهل أثر رفع الدعوى في قطع مدة التقادم على الرغم من الحكم بعدم القبول .

الدفع بعدم قبول الدعوى والنظام العام :

نلاحظ أنه لا يمكن تقرير حكم عام يسري على سائر الدفوع بعدم القبول ، فثمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ، ولو رفعت الدعوى بناء على اتفاق طرفيها وثمة حالات أخرى يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى ، ويتعين البحث في موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت الى تقريره ، والتساؤل في كل حالة عما إذا كان الدفع مقررا لصالح المدعى عليه أو مقررا فضللا عن ذلك لصالح المجتمع ذاته.

ومن أمثلة الدفع المتصلة بالنظام العام الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة في الاستئناف (م ٢٣٥) والدفع بعدم قبول الطعن في الحكم لرفعه قبل الميعاد أو بعده كعدم قبول الاستئناف المرفوع قبل الفصل في الموضوع عن حكم فرعي لا يقبل الطعن المباشر .

ويلاحظ أن قانون المرافعات يوجب على المحكمة بنص المادة ٢١٥ أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن في الحكم إذا رفع بعد الميعاد ، وليس معنى هذا أن القانون يلزم المحكمة بالحكم بعدم قبول الاستئناف إذا رفع قبل الميعاد إذ المادة تقول " يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن ، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها " ، فعدم مراعاة الميعاد الذي يترتب عليه سقوط الحق يشمل فقط عملا بالنص المتقدم أحوال رفع الطعن بعد الميعاد دون أحوال رفع الطعن قبل الميعاد ، لأن رفع الطعن قبل الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق فيه .

والدفع بإنكار صفة الخصم هو من الدفوع التي تتصل بالنظام العام ، وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم ، وتتحقق أيضا من وكالة من ينوب عنهم فعليا ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى حتى لا تشغل بقضايا غير جدية لا يفيد منها أحد أو بقضايا رفعت لمجرد المشاكسة .

ويلاحظ أنه إذا لم يثبت من حضر عن المدعى الوكالة على الوجه المطلوب قانونا فالمحكمة لا تحكم بعدم قبول الدعوى ، وإنما ترخص للوكيل بإيداع توكيله في ميعاد تحدده ، ويجب أن يتم هذا الإيداع في جلسة المرافعة على الأكثر (م ٧٣) فإن لم يودع الوكيل توكيله كان على المحكمة أن تنظر القضية على اعتبار أن المدعى متخلف عن الحضور ، ولا يجوز لها أن تفصل يفها معتمدة على ما يدلى به مدعى الوكالة ، وإلا كان حكمها باطلا ، لبطلان الإجراءات المتقدمة عليه والتي بنى عليها . كما أن للمدعى أن يتصل مما قام به من تصرف باسمه فتبطل إجراءات الخصومة وتسقط ويسقط الحكم الصادر فيها وقد رأينا أن محكمة النقض تقضي بعدم قبول الطعن إذا لم يقدم وكيل الطاعن سند توكيله حتى حجز القضية للحكم . (نقض ١٩٧٢/٤/٨ - ٢٢ - ٦٧٦)

وهناك رأى يذهب الى أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام على اعتبار أن النظام العام لا يعنيه - مادام من الثابت وجود حق وحدوث اعتداء على هذا الحق - أن يدافع عنه صاحبه أو سواء كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة بين المدعى وصاحب الحق الحقيقي أو أن يقوم المدعى بالدعوى على سبيل الفضالة.

إلا أن الأرجح أن الدفع بانتفاء الصفة يتعلق بالنظام العام ، لأن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها ، هذا إذا لم ترفه الخصومة باسمه ، أو يتصل مما قام به من تولى السير في الخصومة فتبطل ويبطل الحكم الصادر فيها ، هذا إذا رفعت الدعوى باسمه ، وعلى ذلك ، ولتفادي السير في إجراءات مهددة بالزوال والبطلان يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التي يرفعها من ليست له صفة في مباشرتها حتى لا تشغل بقضايا مهددة بالزوال أو لا يفيد منها أحد ، وهذا الاتجاه في التفكير يتمشى مع ما يذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر من إلزام المحكمة من تلقاء نفسها بتكليف من يحضر عن الخصوم بإثبات وكالتهم عنهم وذلك خشية السير في إجراءات مهددة بالبطلان . (د/ أحمد أبو الوفا المرافعات ، مرجع سابق الإشارة إليه)

ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول التي لا تتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله ، والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد إقامة دعوى المطالبة بالحق وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين . (م٧٨٨ من القانون المدني)

أما الدفع بحجية الشيء المحكوم به فلم يكن متعلقا بالنظام العام في ظل القانون السابق ، وكان ذلك محل نقد الشراح ، وجاءت المادة ١١٦ والمادة ١٠١ من قانون الإثبات توجب على المحكمة من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها .

ومن الغريب أن القانون يجيز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم انتهائي - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به سواء دفع بهذا البطلان أم لم يدفع ، وهذا النص لا يتسق مع منع محكمة الموضوع من الاعتداد من تلقاء نفسها بقوة الشيء المحكوم فيه ولو كان من اثر ذلك تعرض قضاءها للنقض ، ويناقض قضاء محكمة النقض الذي يقرر عدم قبول التمسك بحجية الحكم السابق لأول مرة أمام محكمة النقض في حالة ما يكون المتمسك هو المطعون عليه . (نقض ١٩٤٧/٢//٢٩ مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ١٥٨ والتعليق عليه) . (د/ أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، مرجع سابق)

أما عن الدفع بانتفاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة فهما من الدفوع الموضوعية البحتة التي تتصل بأصل الحق ، ولمعرفة تعلقها بالنظام العام يتعين الرجوع الى القواعد الأساسية التي تتصل بنظام المجتمع الأعلى ، فمثلا الاتفاق الذي يحتم على شخصين إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة هو اتفاق باطل ، وبالتالي استناد أحد هذين الشخصين على مثل هذا الاتفاق في إقامة دعوى يوجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها برفضها على اعتبار أن العقد مخالف لحسن الآداب . (حكم محكمة القضاء الإداري ١٩٤٩/٦/٧ السنة ٣ ص٩٣٠)

وأنه لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع الدعوى مع عدم وجود مصلحة فيها ، وقد حكم بعدم قبول الدعوى إذا قصد بها مجرد الحصول على اختصاص قضائي .

ولا يجوز اتفاق الخصوم على نزولهم مقدما عن التمسك بسائر الدفوع المتصلة بعدم قبول الدعوى ، ولو لم يتصل الدفع بالنظام العام ، وإن كان يجوز هذا النزول بعد ثبوت الحق فيه .

أحكام النقض :

القضاء بعدم قبول الدعوى المؤسسة على رفعها بغير الطريق القانوني ، لا يستنفد به محكمة أول درجة ولايتها فإنه يتعين الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للفصل فيها . (نقض ١٩٨٤/٥/٣ طعن رقم ١٢٧٥ لسنة ٥٠ق)

الدفع بعدم قبول الدعوى بالحق من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها وتخليه عن الحيازة لخصمه من تلقاء نفسه (م٤٤ مرافعات) فالمشرع حظر على المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يرفع دعواه بالحق إلا بعد الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ حكمها ، أو بعد تخليه بالفعل عن حيازة العقار الى خصمه من تلقاء نفسه ، ورتب المشرع جزاء مخالفة تلك القاعدة ، وهى أن تكون الدعوى بالحق غير مقبولة ، وهو دفع موضوعي تستنفد بع المحكمة ولايتها في الفصل في الموضوع ، وهذا الدفع غير متعلق بالنظام العام فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها . (نقض ١٩٧١/٤/٢٢ س٢٣ ص٥٥٣)

ولا تقبل دعوى صحة ونفاذ عقد البيع إذا لم يختصم البائع للبائع الذي لم يسجل عقده أو يستصدر حكما بصحته ونفاذه ، وهو دفع موضوعي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا كانت دعوى الحيازة غر مقبولة . وهو أيضا دفع موضوعي تستنفد به المحكمة ولايتها ، وغير متعلق بالنظام العام . (نقض ١٩٨٥/٥/١٤ طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٥٢ق)

يجوز الدفع بعدم قبول دعوى صحة ونفاذ العقد لعدم سداد باقي الثمن ، وهو دفع موضوعي ، غير متعلق بالنظام العام ، والحكم بعدم القبول لا يمنع المشتري من العودة الى صحة التعاقد إذا ما قام بسداد باقي الثمن . (نقض ١٩٨٢/٣/١٨ الطعن رقم ٩٦٣ لسنة ٤٧ق)

لقبول دعوى الشفعة يجب اختصام الشفيع والمشتري والبائع سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو النقض سواء كان رافع الدعوى هو في الشفيع أو المشتري أو البائع ، فإن رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة - من تلقاء نفسها - بعدم قبولها - لأن دعوى الشفعة هى عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي ضروري فيها. (نقض ١٩٧٩/٥/٣١ س٣٠ ص٤٩٢).

جعل المشرع من إيداع نسخة من عقود الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية شرطا لقبول أية دعوى أو منازعة ناشئة عن الإيجار سواء رفعت الدعوى أمام القضاء أو أية جهة أخرى ، فعدم إيداع نسخة من العقد يؤدي الى عدم قبول الدعوى . (نقض ١٩٨٢/١١/٢١ س٣٣ ص١٠٠٧)

الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق عرض النزاع على اللجنة المختصة ، متعلق بالنظام العام تقض به المحكمة من تلقاء نفسها ، ومثال ذلك . أنه لا يجوز لصاحب الشأن اللجوء مباشرة الى القضاء باعتراضه على تقدير التعويض المستحق له عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وإنما يتعين عليه أن يقوم اعتراضه الى الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية لعرضه على اللجنة المختصة بالفعل فيه وأن ينتظر حتى بتت فيه وإلا كانت دعواه غير مقبولة . (نقض ١٩٧٣/١/٤ س٢٤ ص٣٦)

والتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إدارة المحكمين الى هيئة التحكيم ، وبه ينزل الخصوم على الالتجاء الى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم ، فإن الاتفاق على التحكيم لا يفترض وإنما يلزم أن يعبر بوضوح عن انصراف إرادة الخصوم الى اتباع هذا الطريق وأن يتضمن على وجه التحديد المنازعة أو المنازعات التي تنصرف إليها . فلا تقبل الدعوى إذا اتفق على التحكيم . غير أن هذا الشرط لا يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقض بالإحالة من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع . (نقض ١٩٧٧/١١/٢ س٢٨ ص١٥٩٨)

يجب توافر نية التملك لمن يبغي حماية يده بدعوى منع التعرض ، ولازم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم ، فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة التي منع الشارع تملكها أو كسب حق عيني عليها بالتقادم بالنص عليها في المادة ٩٧٠ مدني . فإذا لم تتوافر هذه الشروط ، فيجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى . (نقض ١٩٨٤/١٢/١٢ طعن رقم ٦٩ لسنة ٥٠ق)

دعاوى الحيازة الثلاث ، مع التعرض ، استرداد الحيازة ، وقف الأعمال الحديثة . يجب أن ترفع خلال سنة من وقت وقوع التعرض ، إلا كانت غير مقبولة ، والمحكمة ملزمة بالتحقق من توافر هذا الشرط فإذا أثبتت أن الدعوى رفعت بعد مضى السنة ، تعين عليها أن تقضي بعدم قبولها دون طلب أو دفع من الخصوم . (نقض ١٩٨٢/١١/٢٨ الطعن رقم ١٣ لسنة ١٠٥٩ق)

يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وقيدها بالجدول وذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وميعاد الثلاثين يوما المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري يبدأ سريانه من تمام إعلان حكمها بالرغبة في الأخذ بالشفعة . فإذا لم يقم الشفيع برفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني سقط حقه في إقامة الدعوى . وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها . (نقض ١٩٨٦/٥/٢٥ س٢٧ ص١١٨٤)

إجراءات التقاضي متعلقة بالنظام العام ، فالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم إتباع إجراءات رفعها يتعلق بالنظام العام . فمن المقرر أن إجراءات استصدار أمر الأداء عند توافر الشروط التي يتطلبها القانون إجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو بشروط وجوده ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها الى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين توافر بين شروط استصدار أمر الأداء هو في حقيقته دفعا ببطلان الإجراءات ، ويكون من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول .

الدفـــوع الموضـــوعيــة:

المقصود بالدفع الموضوعي :

والدفع الموضوعي هو الدفع الذي يوجه الى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه كالدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره .

فالدفوع الموضوعية إذن تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعى .

قد يقوم المدعى عليه في سبيل الحصول على حكم برفض طلب المدعى بما يأتي :

١- إنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعى كأساس لطلبه ، أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعى الى هذه الوقائع .

٢- التمسك بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعى من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية . كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط .

٣- التمسك بواقعة موضوعية من شأنها إثارة الواقعة المنشئة التي تمسك بها المدعى ، كما لو تمسك المدعى عليه بالوفاء .

ويطلق فقه المرافعات المصري اصطلاح الدفوع الموضوعية على هذه الصور الثلاث . فالدفع الموضوعي عندهم هو كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعى . وهو بهذا يطابق اصطلاح الدفاع الموضوعي في الفقه الفرنسي .

والواقع أن مجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها لا يمكن أن يعتبر دفعا بالمعنى الصحيح ، وذلك أن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة إلا بعد إثباتها من المدعى ، كما أنه يجرى عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه . فلا يعدو إنكار المدعى عليه للواقعة أو إنكار آثارها تنبيه القاضي الى واجبه بالنسبة لها ، ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهية ترمى الى رفض الدعوى . (راجع الدكتور / أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق الإشارة إليه)

وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمى بها المدعى عليه الى تفادي الحكم للمدعى بمطلوبه دون أن يقصد الحصول منها على ميزة خاصة ففي دعوى التعويض مثلا إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر فيكون قد أبدى دفعا موضوعيا ، أما إذا طالب بتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعى فيكون قد تقدم بطلب عارض .

كما تختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في أنها تبدى دائنا بدون شرط أو قيد ، أما الثانية فلا تبدى إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى الأصلية .

وقبول دعاوى المدعى عليه يوسع نطاق الخصومة في جميع الأحوال بينما قبول الدفوع الموضوعية تؤدى الى حسم النزاع .

والدفع الموضوعية يجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهى لم ترد على سبيل الحصر وليس هناك ترتيب خاص فيما بينها .

ويراعى أنها إذا بحثت المحكمة دفاعا موضوعيا ورفضت الدعوى أو قبلتها ، ثم ألغى الحكم من المحكمة الاستئنافية ، فليس على ههذ المحكمة إعادة القضية الى محكمة أول درجة لنظرها من جديد بل نقوم هى بنظر الدعوى والحكم فيها .

سلطة القاضي التقديرية في نطاق الدفوع الموضوعية :

نجد أن إجراءات تقديم الدفع وآثاره القانونية داخل الخصومة تختلف وتتغاير باختلاف نوع الدفع .

ويقع على القاضي مهمة الوصف القانونية لوسائل الدفاع التي تقدم داخل الخصومة المدنية .

وحتى يقوم القاضي بتقدير طبيعة الدفع المقدم إليه ، في نطاق الدفوع الموضوعية أولاً فإن عليه أن يعتمد بصفة أساسية على مجموع الوقائع التي يدعيها الخصوم على أساس أنها مكونة لما يفترض أنه دفع موضوعي .

وعليه أن يستند في ذات الوقت الى قاعدة أو قواعد قانونية مجردة يرى أنها هى المحتملة التطبيق على هذه الوقائع .

ثم يقوم القاضي بعد ذلك بفحص موضوع الدفع ليرى ما إذا كان هذا الدفع يقصد به التمسك .

١- بإنكار الوقائع المنشئة للحق الذي تمسك به المدعى كأساس لطلبه ، أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعى لهذه الوقائع . في مثل هذه الحالة فإن مجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها يراه البعض مجرد تنبيه للقاضي الى واجبه ، لأن عليه ألا يحكم بمقتضى هذه الوقائع إلا بعد إثباتها من جانب المدعى ، وإذا ما تم إثباتها فعلى القاضي من تلقاء نفسه وبدون طلب أعمال حكم القانون عليها وتوليد الآثار المترتبة على هذه الوقائع المثبتة .

وبناء على ذلك ينتهي هذا البعض الى أن إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها لا يعد في واقع الأمر دفعا موضوعيا ، بل هو مجرد وسيلة دفاع الهدف منها تنبيه القاضي الى واجبه إزاء هذه الوقائع .

والبعض الآخر يرى أن التمسك بإنكار الوقائع المنشئة للحق المدعى به ، أو التمسك بإنكار آثار هذه الوقائع فقط في واقع الأمر دفعا موضوعيا بمعنى الكلمة .

فقيام المدعى عليه بإنكار الوقائع المنشئة يقتضي منه أن يتقدم بدوره الى القاضي بمجموع واقعي جديد يهدف الى تعزيز إنكاره لهذه الوقائع أو آثارها .

مثل هذا المجموع الواقعي الجديد يتضمن عناصر متعلقة بالمراكز القانونية للخصوم من الناحية الموضوعية ، سواء تعلق الأمر بالواقع أم بالقانون ، وعلى القاضي يقع عبء تقدير كل ذلك .

٢- قد يتمسك المدعى عليه ، من جهة أخرى ، بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعى ويكون من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل أو بعض آثارها القانونية ، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط .

في مثل هذه الحالة يرجع القاضي ، بصفة مجردة ، لتقدير مسألة قبول الدفع الموضوع أو عدم قبوله ، الى القواعد القانونية القابلة للحكم على هذا المركز الموضوعي ، ويفحص مراكز الخصوم ويتأكد من أنه من شأن الواقعة المعاصرة للواقعة التمسك بها التأثير في آثار الواقعة الأولى أم لا .

فإذا انتهى الى عناصر الواقعتين وفقا للقانون الموضوعي ، وأن من شأن هذا التعاصر التأثير في الواقعة الأولى تأثيرا سلبيا وفقا للقانون الموضوعي ، فإنه ينتهي الى:

- اعتبار الدفع دفعا موضوعيا .

- تهيئة الدفع للفصل فيه .

٣- وقد يتمسك المدعى عليه أخيرا ، بواقعة منهية من شأنها إنهاء آثار الواقعة المنشئة التي تمسك بها المدعى ، كما لو تمسك بالوفاء ، أو بانقضاء الالتزام لأى سبب كان .

هنا يقوم القاضي ببحث أسباب انقضاء آثار الواقعة المنشئة ، ويتم هذا البحث في نطاق القانون الموضوعي ، في حدود الواقعة التي تمسك بها المدعى عليه ، وعلى ضوء القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على ما تمسك به الخصوم ، وينتهي إما الى قبول الدفع أو الى عدم قبوله .

وبناء على ذلك فإن النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي للدفوع الموضوعية يتم داخل نطاق القانون الموضوعي .

وبحث سلطة القاضي التقديرية في نطاق الدفوع الموضوعية تترتب عليه العديد من الآثار الهامة .

كالتساؤل عن إمكانية إثارة القاضي للدفع الموضوعي من تلقاء نفسه ، أم أنه يشترط ذلك ضرورة تمسك المدعى عليه به .

إلا أن مسألة أثرة الدفع الموضوعي بواسطة القاضي من تلقاء نفسه جائزة حتى ولو لم يتعلق بالنظام العام . لأن الأمر يتعلق في الواقع بسلطة القاضي التقديرية ، وسلطة القاضي في الخصومة ن وبما أن الدفع الموضوعي يعبر عن الوجه السلبي للنزاع ، وحيث أن قواعد العدالة تفرض على القاضي أن يتعرض للنزاع بأكمله سواء في وجهه الإيجابي أو السلبي ، فيكون له أن يحكم من تلقاء نفسه بالدفع الموضوعي إذا تبين له ذلك من الوقائع المطروحة عليه ويستثنى من ذلك الحالات التي يشترط فيها القانون صراحة تمسك الخصم بالدفع الموضوعي . (د/ أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق).

الدفــع بالتنفيـــذ :

الأصل في العقد أنه يلزم عاقديه بكل ما يجئ فيه ، فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل ما يحتويه . فالقصد بالنسبة الى طرفيه ، وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها ، كالقانون فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولا بتعديله ، ما لم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك ، ويطلق على هذا بالقوة الملزمة للعقد .

فتنص المادة (١٤٨) مدني على أنه :

١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدية " ... وبهذا يجمع المشروع بين معيارين أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد والآخر مادي يعتد بعرف التعامل .. فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني ... فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها " .

المقصود بحكم الفقرة الأولى هو وضع معيار يحتكم إليه في تنفيذ العقد وقد أخذت فكرة حسن النية أبعادا جديدة في العصر الحديث بالنظر الى تنوع العلاقات الاقتصادية وتفاوت كفاية أطرافها ومن ثم ظهر الاهتمام بتوافر الثقة المشروعة في التعامل بما يوجب الالتزام بالتبصير والنصيحة والتعاون بل والتحذير إذا اقتضى الأمر ، وتجد هذه الالتزامات مجالا أوسع في العقود القائمة على الثقة كعلاقة المحامي بموكله وعلاقة سمسار البورصة بعميله ، وتقضي الامتناع عن كل غش أو إضرار بالطرف الآخر وامتناع الدائن عن أى فعل يجعل تنفيذ المدين لالتزامه أكثر كلفة أو إرهاقا .(حمدي عبد الرحمن ص٤٧٠ : ٤٧٦ وراجع فيه تطبيقات قضائية عديدة - الدكتور / سهير منتصر في الالتزام بالتبصير وراجع فيه تطبيقا هذا الالتزام في عقود الاستشارات وعقود أداء الخدمات والوكالة والمقاولة والالتزام الناشئ عن عدم تكافؤ المعلومات كالتزام الطبيب والمعماري وجزاء الإخلال بالالتزام وراجع لها الالتزام بالإدلاء ببيانات الحظر وتفاقمه في عقد التأمين طبعة ١٩٩٠ – ويراجع في ذلك كله الدكتور / نزيه صادق المهدي في الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد طبعة ١٩٨٢ – الدكتور / إبراهيم الدسوقي في الالتزام بالإعلان قبل التعاقد طبعة ١٩٨٥ – مرقص في المصادر بند ٢٦٣ – الشرقاوي في المصادر ص٤٠٧ : ٤٠٩ – ويراجع فيما يتصل بذلك الدكتور / مصطفى عبد الحميد عدوي في الريبة التشريعية طبعة ١٩٩٥)

وقد قضت محكمة النقض بأنه تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية ، وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع " (١٩٧٧/٥/١٦ في الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ق - م نقض م – ٢٨ – ١٢١٤ - وبنفس المعنى ١٩٦٦/١١/١٥ طعن ١٦٣ لسنة ٣٢ق – م نقض م – ١٧ – ١٦٨٨ – ١٩٨٤/١٢/٢٧ طعن ١١٤٨ سنة ٥١ق)

انتفاء الخطأ العمد :

والخطأ العمد هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير وهو ما يسمى بالجريمة المدنية .

وقد عرف جانب من الفقه الخطأ العمد على أنه ذلك الانحراف في السلوك المتسم بـ (الخبث) الذي يستخلص من الرغبة في عمل السوء تجاه الغير أو من عدم الاكتراث التام أحيانا تجاه مصالح الغير ، ويصف جانب آخر ، الخطأ العمد ، على أنه خطأ شخصي ، ولا يمكن الكشف عنه إلا بالنفاذ الى (الحالة النفسية أو بالتحري عما يكنه الضمير) ولا يشترط حتما أن تتجه النية الى الإضرار بالغير مباشرة بل يكفي أن تتجه الى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير ، كالتاجر الذي يقوم بعمل من أعمال المنافسة غير المشروع فهو لا يريد الإضرار بمنافسه بقدر ما يريد الإثراء شخصيا ومع ذلك يعد قاصدا بالغير وقس على ذلك .

ولما كان من غير اليسير دائما الكشف عن النوايا ، لذا وجد من الضروري اللجوء الى عامل مساعد الى قرينة ، وهى الخطأ الجسيم يتخذ دليلا على توفر سوء النية .

والمقصود بالخطأ الجسيم :

هو الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لا يتوافر الدليل عليها .

والقصد من اللجوء الى هذه القرينة هو قطع الطريق أمام أولئك الذين يتعمدون الإضرار بالآخرين ثم يسترون بستار سوء التقدير أو بعدم الخبرة فلا يقبل من فاعل الضرر التذرع بالبلاهة أو الغباء ، وليس الأمر هنا ، إلحاق الخطأ الجسيم بصفته خطأ مستقلا عن الخطأ العمد بهذا الأخير ، بل الاستدلال منه على الخطأ العمد بالذات ، فالأمر يتعلق بالإثبات أى أن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد ، ولكنه قرينة غير قاطعة ، بل تسقط أمام إثبات نية الشر .

وهناك تعريف آخر للخطأ العمد ، من قبل مؤداه أن نية الإضرار تعتبر متوفرة إذا كان الفاعل لحظة ارتكابه الفعل قد تصور النتائج التي تنجم عن فعله ولكنه رغم ذلك مضى في ارتكاب الفعل . إلا أن التعريف يوسع من دائرة الخطأ العمد على حساب دائرة خطأ الإهمال توسيعا كبيرا ، ذلك أن معظم أخطاء الإهمال يقترن بإمكان تصور الفاعلين للنتائج الضارة المتولدة عن أفعالهم ، فالمسألة تتعلق بتوقع أو تصور الضرر ، حتى لو كان الفاعل يسعى وراء هدف آخر ليس هو هدف الإضرار وهذا التعريف يتعارض مع المفاهيم التقليدية للخطأ العمد . بفضل أن النية في إنجاز عمل معين أو نتيجة معينة ، هى ليست في تصور هذا العمل أو النتيجة ، إذ من المفهوم أن النية في اللغة تعني إرادة متجهة نحو هدف ما أو الرغبة في تحقيق نتيجة معينة .

والخطأ العمد حاصلا في إفشاء المؤتمن على السر ، للسر المؤتمن عليه ، فعلم المتعاقد بأنه يفشي سرا لم يفض به إليه إلا عن طريق صناعته ومهنته ، يكفي لو صمه بسوء النية لأنه يفعل ذلك عن إرادة واعية وعن طواعية ، ولأنه يفترض حصول الضرر الأدبي أو المادي بمجرد إفشاء السر ، ولكن إفشاء السر إذا لم يحصل عن إرادة واعية بل حصل نتيجة إهمال ، فلا يمكن أن ينسب الخطأ العمد الى المؤتمن على السر وذلك كما في حالة الطبيب الذي يدون ملاحظاته عن مريض ، ثم يترك هذه الملاحظات سهوا في مكان غير مصون فيطلع عليها الغير .

كما أن ورود الباعث المشروع على إيقاع الضرر عمدا ، ينفي عن الفعل صفة الخطأ العمد . كما لو خالف المؤتمن على السر لالتزامه العقدي بعدم إفشاء السر يحدوه باعث الامتثال للقانون وللصالح العام ومقتضيات الرحمة والإنسانية ولكن هذا الباعث يقدر تقديرا موضوعيا ولا يكتفي بتقدير الفاعل الشخصي ، فلا يجوز للمؤتمن على السر إفشاءه إلا إذا كان اقتناعه أو اعتقاده قائما على أساس جدي ، وأن الرجل المعتاد في ظروفه يعتقد بما اعتقد به ، ومن أمثله حسن الباعث ، إفشاء السر أمام القضاء استجابة لطلب من أفضى له السر .

والخطأ العمد قد يتجسم على صورة إكراه يستعمله المدين لإرغام الدائن على قبول التنفيذ المعيب ، وهذه الصورة تتضمن أعلى درجات سوء النية ، ذلك أن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الإكراه المبطل للرضاء لا يتحقق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا " (١٩٧٣/٢/٢٧ – م نقض م – ٢٤ – ٣٣٦ – ونفس المعنى ١٩٧٣/١٢/٢٧ – م نقض م – ٢٤ – ١٣٥٨ ونقض ١٩٧٤/١/٢٢ – م نقض م - ٢٥ – ٢٠٨).

انتفـــاء الغـــش :

والمقصود بالغش هو استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه الى التعاقد سواء معه أو مع الغير .

وهذا التعريف يحتم توفر سوء النية لدى مرتكب الغش ، فنكون أمام خطأ ذي ميزة معينة ، خطأ ينوي مرتكبه الإضرار بالغير عن طريق (خداعه وإغفاله) وكان يطلق على هذا الخطأ تعبير الخطأ الغشي فالغش كما هو وسيلة سيئة لخداع أحد ما .

إن النية الآثمة تتجسم في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية ومن السهل عندئذ تبعا للطبيعة العمل المرتكب ، الحكم على هذا العمل بكونه جريمة مدنية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة (الغش يبطل التصرفات) وهى قاعدة سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش وما يثبت له يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح به"

وانعدام الركن المعنوي للغش المتمثل في القصد أو الرغبة في التضليل توصلا لغرض غير مشروع يعني عدم قيام الغش رغم التضليل الحاصل . فإذا قدم المدين الى الدائن معلومات غير صحيحة عن حسن نية دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة ، فلا يعد غشا رغم أنه أوقع الدائن في غلط ، وكذلك الحال إذا أهمل في تقديم بعض المعلومات التي من شأن عدم تقديمها إيقاع الدائن في غلط ، فلا قيام للغش دون إرادة قاصدة الى تضليل الغير ذلك لأن الغش فكرة عمدية .

أما الركن الموضوعي للغش ، فهو يتخذ صورة فعل أو كتمان ، والفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية التي يلجأ المدين إليها لإيهام الطرف الآخر ولكن هذه الوسائل يجب أن تبل حدا معينا من الجسامة لكى يتحقق الركن الموضوعي للغش والكتمان وهو الموقف السلبي الذي يتخذه المدين في كتمان بعض الحقائق مما يؤدي الى إيقاع الدائن في غلط .

الوسائل الاحتيالية الغشية التي يلجأ إليها البعض :

لجوء البائع أو مسلم الشيء الى إجراء بعض التغييرات فيفقد الشيء طبيعته أو يضعف من صفته ويكون ذلك بإضافة شيء الى صنف المبيع أو بانتزاع شيء منه كما في إضافة الماء الى اللبن وخلط المشروبات والمأكولات بشيء مضر بالصحة ، بحيث يتوهم المشتري أو المستلم بأن الشيء الذي يشتريه أو يستلمه سالم من كل عيب جوهري .

استعمال مكاييل أو موازيين أو مقاييس غير صحيحة أو مزورة ، ومن الأمثلة على إيجاد زيادة بطريق التدليس في وزن أو حجم البضاعة وضع رمل أو أجسام غريبة في الثمار أو الحبوب .

إعطاء بيانات كاذبة للتضليل ، كما في ادعاء التاجر بأنه يبيع فضة مع أنه واقع الأمر معدنا مفضضا ، أو أنه يبين مثالا قديما مع أنه يبيع في الحقيقة تمثالا حديثا ، أو أنه يبيع ماء معدنيا طبيعيا في حين أنه يبيع ماء معدنيا اصطناعيا .

ودرجات الغش أصبحت كثيرة وغير متناهية ، فعلى الإنسان أن يتحرز ضد صور الغش التي يمكن التحرز ضدها ، فإذا لم يفعل فقد اتصف بسذاجة يؤاخذ عليها ، والكذب الذي تقضي طبيعة العقد وعلاقات الطرفين والثقة المتبادلة بينهما ، أن يتجنبه المتعاقد بصفة خاصة لما يتسم به من خطورة متميزة ، هو الكذب التدليسي الذي يحظره القانون .

ومن أمثلة الكتمان الغشي ما يلي :

كتمان سائق السيارة حقيقة وجود طريق آخر في ذهن المسافر مما يسمح له باستغلال جهله والسلوك به طريقا أطول بهدف الحصول الى أجرة أكثر .

كتمان البائع عن المشتري استحقاق المبيع للغير ، وقد شدد القانون جزاء البائع في هذه الحالة فألزمه فوق الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقها المشتري على المبيع مازالت به قيمة المبيع من الثمن .

ونود أن نشير الى أن الكتمان كمبدأ عام ، لا يتضمن غشا ، وأنه يجب أن نلاحظ وجود التناقض بين مصالح المتعاقدين مما يستوجب على كل منهما أن يحمي مصلحته الخاصة بأن يستفهم من الطرف الآخر عن كل المعلومات التي تهمه معرفتها ، فليس هناك إذن من خطأ في عدم تقديم المعلومات الى الطرف الآخر عندما يكون في إمكان هذا الطرف الحصول عليها بنفسه ، ولكن ينقلب الكتمان فشا إذا كان أحد الطرفين ملوما وفق ما يمليه عليه الضمير بالتصريح خشية استغلال جهل الطرف الآخر . لذا ألغت المحاكم بسبب الغش بالكتمان هذه العقود التي ينفرد فيها أحد المتعاقدين بمعرفة واقعة يجهلها الطرف الآخر متى كانت اعتبارات الشرف توجب عليه كشفها .

الغش والخطأ العمد :

في حالة الخطأ العمد يجابه أحد المتعاقدين وهو مرتكب الخطأ ، المتعاقد الآخر ، بمخالفته مجابهة صريحة ، فتتاح للدائن الفرصة لتلافي ما يتعرض له من أضرار ، كما في رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها وكما في تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك ، أو تعمد العامل عدم القيام بالعمل ، كما أن المخطئ يعرض نفسه لإجراءات قانونية قد تفوت عليه قصده ، أما في حالة الغش ، فإن مرتكبه يغلف مخالفته بالخديعة والمكر ، فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة لكشف المخالفة ، فيتقبل الضرر طائعا ، بينما يجني مرتكب الغش ثمار غشه أمنا ولو الى حين . فالفارق بين الغش والخطأ العمد ، هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش . أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أى تنفيذ له .

إلا أن القانون ساوى في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم ، ولم يتطرق الى الخطأ العمد . فإذا كان الخطأ الجسيم وهو مرتبة من مراتب خطأ الإهمال يساوى الغش في حكمه لذا كان من باب أولى يتساوى الغش والخطأ العمد في الحكم أيضا .

سوء النية والمتعسف في استعمال الحق :

وقد شرع المشروع نظرية التعسف واعتبر متعسفا كل من :

١- استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه التعويض .

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة .

فنلاحظ أن انعدام النفع في الفعل إذا لم يثبت أنه نتج عن خطأ في التقدير فهو يدل على أن سوء النية هو السبب الوحيد في القيام بذلك الفعل .

وقد يتضمن سوء نية صاحب الحق في حالة وجود مصلحة غير جدية لصاحب الحق ، مع فداحة الضرر الذي يصيب الغير ، بحيث تكون هذه المصلحة غير الجدية ستارا لتغطية سوء القصد ، وفي هذا تقول الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري " إنه معيار مادي ولكنه كثيرا ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير ، وكذلك في حالة اختيار صاحب الحق أكثر الطرق ضررا بغيره ، في استعمال حقه ، ودون فائدة تعود عليه ، على حين أن له فضلا عن ذلك اللجوء الى طرق أخرى لا يلزم عنها هذا الضرر ولا يتضرر بها .

وكذلك يمكن القول بسوء النية في استعمال المتعاقد حقه استعمالا منافيا للمصلحة المشروعة وهو ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر ، وذلك كما في حالة قيام صاحب العمل بفصل العامل الذي ينتمي الى النقابة المختصة به وزملائه ، ذلك أن صاحب العمل له حق فسخ عقد العمل في بعض الأحوال ، ولكن استعمال هذا الحق بما يترتب عليه فصل العامل لا لشيء إلا انتقاما منه بسبب انتمائه الى النقابة ولإكراه الآخرين على عدم الانتماء يعد تعسفا في استعمال الحق مقرونا بالنية المباشرة بالإضرار بالعامل على صورة الاستعمال المنافي للقانون .

أحكام النقض :

نصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق ، وكان حقا التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكا أو زودا عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح الى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق بابتغاء الإضرار بالخصم وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في نسبة الخطأ الى الطاعن الى ما لا يكفي لإثبات انحرافه عن حقه المكفول في التقاضي والدفاع الى الكيد والعنت واللدد في الخصومة فإنه يكون فضلا عما شابه من القصور قد أخطأ في تطبيق القانون . (١٩٧٧/٣/٢٨ في الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ق).

حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعمله مسئولا عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله كيديا ابتغاء مضارة للغير (١٩٦٩/٣/٢٠ - م - ٢٠ - ٤٥٨)

الأصل أن حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة وأنه لا يترتب عليه المساءلة بالتعويض إلا إذا ثبت أن من باشر هذا الحق قد انحرف به عما جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . (١٩٦٨/٤/٨ - م١٩ - ٤٠٢)

إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الثامن من عقد الإيجار الأصلي المبرم بين المطعون عليه الأول والمستأجرة الأصلية نص على عدم التأجير للغير ، وكان شرط الحصول على رضا المؤجرة بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق في الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدر به دون أن يملك مناقشة الأسباب التي جعلت المؤجر يفرضه عليه ، طالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف في استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذي لا يخوله حقه الشخصي في المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له ، ويكون لا محل للقول بتعسف المؤجر في استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بشرط المانع . (١٩٧٩/٦/٦ في الطعن ١٣٨٥ لسنة ٤٧ق)

إذا تمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجرة في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالا مشروعا ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسلكه هنا دليلا على التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ . فإن دلل الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجرة بأعمال التعرض) بأنه لم يستجيب لرغبة المؤجر في إخلاء مسكنه وأصر على البقاء وتنفيذ العقد فإن هذا التدليل يكون فاسدا منطويا على مخالفة للقانون . (١٩٦٥/١١/١١ - م١٦ - ١٠١٨)

النص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم - التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب - يعتبر حقا مقررا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط . أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه - ومن ثم فلا تثريب على المبلغ إلا إذا ابلغ النيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له من الظروف والملابسات الدلائل الكافية والمؤيدة الى اقتناعه بصحة ما نسب الى المبلغ ضده . (١٩٧٩/٤/٣٠ في الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٤٨ق)

الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد واستعماله لا يعدو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقا للحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه الانتقام والكيد ، لأن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه تبعة الباعث السيئ ، وأن المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة عدم ترو ورعونة . (١٩٧٦/١١/٢٤ - م - ٢٧ - ١٦٣٦)

الأصل أنه لا جناح على من يستعمل حقه استعمالا مشروعا فلا يكون من ثم مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو ما نصت عليه المادة ٤ من القانون المدني ، وما أوردته المادة التالية لها من قيد على هذا الأصل - إعمالا لنظرية إساءة استعمال الحق - متمثلا في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء في صورة تعمد الإساءة الى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله ، أو في صورة استهانة بما يحيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنيه صاحب الحق بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه . الأمر الذي يربط ما بين نظرية إساءة استعمال الحق وبين قواعد المسئولية المدنية وقوامها الخطأ وينأى بها عن مجرد اعتبارات الشفعة . لما كان ذلك ، فإنه لا يسوغ اعتبارات المؤجر مسيئا لاستعماله لحقه في طلب الإخلاء إذا وقع من المستأجر ما يبرر ذلك قانونا لمجرد أنه يترتب عليه حرمان هذا الأخير من المكان المؤجر وبذلك جرى حكم الفقرة (ج) من المادة ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ تنظيما للعلاقة بين المؤجر والمستأجر بما أجازته للمؤجر من طلب إخلاء المكان المؤجر إذا استعمله المستأجر بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة وتضر بمصلحة المؤجر فأكدت بذلك وجوب التزام المستأجر في استعماله المكان المؤجر بكل شرط تعاقدي معقول أى غير خارج عن نطاق المألوف وما ينبغي أن يتوافر في العقد من توازن بين المصالح وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، إذ بخروج الشرط عن ذلك فإنه يكون مشوبا بنية - الإضرار التي تسلكه في عداد صور إساءة استعمال الحق - لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه بعد استعراضه لشروط عقد الإيجار التي تحظر إجراء أى تعديل في العين المؤجرة وما أحدثه الطاعن فيها قد خلص الى أن ما أجراه الطاعن يعتبر تغييرا جوهريا في العين - ومن ثم فقد اعتبر المخالفة منصبة حيال شرط هام من شروط العقد مقصود به تحقيق توازن بين طرفيه ومن ثم من شروطه المعقولة مما لازمه أن طلب الإخلاء خلا من نية الإضرار بالمستأجر وبالتالي من إساءة استعماله الحق . (١٩٧٩/١٢/١٥ في الطعن ١٣٣٧ لسنة ٤٧ق)

الأصل أن حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة وأنه لا يترتب عليه المساءلة بالتعويض إلا إذا ثبت للكافة وأنه لا يترتب عليه المساءلة بالتعويض إلا إذا ثبت أن من باشر هذا الحق قد انحراف به عما وضع له واستعمله استعمالا كيديا وابتغاء مضارة سواء اقترن هذا الحق بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطة المحكمة التقديرية أن المطعون ضدهما قد رفعتا دعواهما المباشرة في حدود استعمالها المشروع لحقهما في التقاضي دون أن ينحرفا في استعمال هذا الحق ، وأنه لم يثبت أنهما قصدتا بذلك مضارة خصمهما ، وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا وسائغا في نفي الخطأ التقصيري في جانب المطعون ضدهما ومن شأنه أن يؤدي الى ما انتهى الحكم من رفض دعوى الطاعنة قبلهما ، فإن ما تثيره في هذا الشأن ينحل الى جدل موضوعي حول سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى وعناصرها . (١٩٧٦/٢/٢٣ - ٢٧ - ٢٦٧)

لا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من أن مسلكه في دعاوى الطرد وادعائه أنه المستأجر ونسبة السرقة الى ذوي المطعون عليها كان استعمالا لحقه في الادعاء والتبليغ لأن هذين الحقين ينقلبان الى مخبثة إذا أسئ استعمالها . (١٩٧٥/١١/١٩ - ٢٦ - ١٢٥)

حق الالتجاء الى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق . (١٩٦٧/١٢/٢٨ - م - ١٨ - ١٩٤٣)

من المقرر أن حق الالتجاء الى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير ، فإذا ما تبين أن المدعى كان مبطلا في دعواه ولم يقصد إلا مضارة خصمه والنكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقا مقررا في القانون بل يكون عمله خطأ ويحق مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق . (١٩٧٦/٦/٢٦ - م - ٢٣ - ٩٥٣)

إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطة المحكمة التقديرية وبالأدلة السائغة التي أوردها أن الإجراءات القضائية التي اتخذها الطاعن قبل المطعون ضدهما وكانت إجراءات كيدية مشوبة بسوء القصد وقصد منها الإضرار بهما والنيل منهما وكان هذا الذي أورده الحكم كافيا في إثبات الخطأ التقصيري في جانب الطاعن ومن شأنه أن يؤدي الى ما انتهى إليه الحكم من مساءلة الطاعن عن الضرر الذي لحق المطعون ضدهما بسبب هذا الخطأ فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن يكون غير سديد . (١٩٧٢/٦/٢٦ - ٢٣ - ٩٥٣)

حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض - وسواء في هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنف سه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه يستهدف بدعواه مضارة خصمه فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه - فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم . (١٩٥٩/١٠/١٥ - ١٠ - ٤٧٥)

وضع المرسوم بقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن استقلال القضاء المعدل بالقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥٥ أحكاما خاصة برجال القضاء وتختلف عن أحكام القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ في شأن موظفي الدولة وأفراد لرجال النيابة الباب الثاني منه فرسم طريقة تعيينهم ونظم شروط ترقيتهم تحديد أقدميتهم في درجاتهم بالنسبة لزملائهم من رجال القضاء كما نظم الفصل الثاني أحوال تأديبهم كما رسم القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بشأن نظام القضاء طريق التظلم من القرارات التي تم حقوقهم ، وهذه الأحكام في جملتها وتفصيلها فيها من الضمانات والميزات ما تجعل لوظائفهم طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة وظائف إدارة قضايا الحكومة بالمعنى المفهوم في فقه القانون الإداري ، وإذن فإذا كان الواقع أن الطالب كما يشغل وظيفة وكيل نيابة فأصدر وزير العدل قرارا بنقله الى وظيفة محام بإدارة قضايا الحكومة فإن هذا القرار المطعون فيه يكون على خلاف ما يقضي به القانون متعينا إلغاؤه . (١٩٦٩/١/٣١ - ١٠ - ١٠)

المراد بالحق المطلق للحكومة في فصل موظفيها بلا حاجة الى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها وليس معناه أن تستعمله على هواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف في استعمالها ولئن كانت الحكومة غير ملزمة بيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لا ترجع الى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع في صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مساءلته الحكومة في شأنه . (١٩٥٥/٦/٣٠ - ١٣٣٤ ونفس المعنى في ١٩٤٧/١١/٢٠ - ٣٢ - ١٠٢١، ١٩٦٢/٣/٢٩ ، ١٩٦٢/٤/٤ - ١٣ - ٣٥٠ ، ٤٠٣)

الإجابة على الدعوى بإنكارها هى في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضي به إلوام خصمه بإثبات مدعاه . فإن سعى بإنكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات (قديم) . أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه، فإن هذا الحق ينقلب مخبثة تجيز للمحكمة ، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات ، الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التي تحملها خصمه بسوء فعله هو .

لا يكفي للتمسك بالدفع عدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب الى جانب ذلك الإيساء استعمال هذا الدفع . فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية ، وإنما يكفيه في هذه الحالة إنقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل .

تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها بإتباع معايير معينة في شأنه . (١٩٦٩/٢/١٣ – م – ٢٠ – ٣١٧)

إذ كان الحكم المطعون فيه قد قرر بأن المحكمين السابقين – الصادرين في الإجراءات القضائية التي اتخذها الطاعنون ضد المطعون عليها – حجية الأمر المقضي في ثبوت ركن الخطأ في دعوى التعويض – عن إساءة استعمال حق التقاضي – إلا أن الحكم لم يقف عند هذا الحد بل استخلص من هذين الحكمين ومن باقي أوراق الدعوى ووقائعها في حدود سلطته الموضوعية الأفعال التي وقعت من الطاعنين في حق المطعون عليها ثم اعتبر هذه الأفعال مكونة للخطأ الموجب لمسئوليتهم لإساءة استعمالهم حق التقاضي ، وإذ كان استخلاصه سائغا ووصفه للأفعال التي استخلصها بأنها خطأ ترتب المسئولية هو وصف صحيح موافق للقانون ، فإن النعى عليه فيما قرره من حجية الحكمين المشار إليهما يكون غير منتج ولا جدوى .

إذا كان الحكم قد أثبت تعسف الشركة المطعون عليها في فصل الطاعن من عمله لمجرد رفعه دعوى بالمطالبة بما يعتقد أنه حقه واعتبر الحكم أن هذا الفصل التعسفي خطأ ورتب عليه مسئولية الشركة المطعون عليها عن تعويض الطاعن عن الضرر ثم قدر الحكم التعويض في حدود حقه المطلق في التقدير على هدى العناصر التي أشار إليها هو والحكم الابتدائي والتي تستوجب المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ مراعاتها عند التقدير

الحق المخول للمؤجر – في إقامة وحدات جديدة تخصص للسكن في العقار المؤجر بالإضافة أو التعلية – ينبغي أن يقدر بقدره فلا يجاوز ما تستلزمه الإضافة أو التعلية ولا يحق استغلاله لإساءة استعمال الحق طبقا للقواعد العامة . لما كان ذلك ، وكان تبرير الحكم قضاءه برفض الدعوى بأن حق المطعون عليه – المالك – أن يدخل الحديقة وأن يستعملها بالقدر اللازم لما تم تعليته لا يعتبر ردا على ما تمسكت به الطاعنة في دفاعها من أن المطعون عليه قد استأثر بالغرفات الموجودة بالحديقة ومنعها من استعمالها وحال بينها وبين الإفادة من الحديقة المحيطة بالعين المؤجرة حين لم يبين الحكم كيف يتسع هذا القدر اللازم فيسبغ للمطعون عليه أن يستأثر بالحديقة كلها وأن ينفرد باستعمال الحجرات الموجودة بها بينما قد اقتصر في استعمال حقه بموجب المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على مجرد التعلية بإقامة طابق ثان فوق الطابق الذي تستأجره الطاعنة ، كما لم يفصح الحكم عن مدى القدر اللازم الذي قرره بأنه بهذه المثابة وقد أعوزه الانضباط وافتقد فيه حسم الخصومة بين الطرفين المتداعيين على كلمة سواء وقول محكم فإنه يكون قاصرا بما يعجز محكمة النقض عن مراقبة مدى سداد تطبيق القانون على واقعة الدعوى . (١٩٧٨/١١/١ في الطعن رقم ٣٨ لسنة ٤٥ق).

إذا كان الحكم المطعون فيه قد ركن في قضاءه بمساءلة الشركة الطاعنة على مخالفته للأصول المتبعة والأسس الحسابية السليمة بإغفالها وإسقاطها المدة من ١٩٦٧/٧/١ حتى ١٩٦٧/٧/٩ من عملية جرد عهدة المطعون ضده ، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده قد ركن في دعواه الى تسرع الطاعنة في الإبلاغ ضده دون تحوط ولم ينع عليها بمخالفة الأسس الحسابية السليمة في عملية جرد عهدته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ركن في قضائه الى تلك الواقعة يكون قد أخطأ في القانون ذلك أنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس لحكمة الموضوع إقامة المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعيه المدعى متى كان أساسها خطأ يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور . (١٩٧٩/٤/٣٠ في الطعن ١٢٣١ لسنة ٤٨ق)

نفقات التقاضي التي تدخل ضمن عناصر التعويض - عن إساءة استعمال حق التقاضي - لا تكفي لجبرها المصروفات القضائية المحكوم بها . (١٩٦٩/١١/٢٧ - م - ٢٠ - ١٢٤٢)

للحكومة الحق في إحالة الموظف الى المعاش قبل بلوغه السن المقررة للتقاعد عن الخدمة ، ولكنها لا تملك ذلك إلا لاعتبارات راجعة الى المصلحة العامة ولأسباب جدية تكون قائمة بذات الموظف المراد إبعاده عن الخدمة ولئن كانت الحكومة غير ملزمة بيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب متبينة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير المحاكم . فإذا كان السبب الذي من أجله وقع الفصل لا يرجع الى المصلحة العامة ولا الى ذات الموظف كان الفصل في هذه الحالة إجراء مخالفا للقانون وحقت به مسئولية الحكومة ، وإذن فالموظف الذي نحيله الحكومة الى المعاش لا لسبب قائم به دعا الى هذه الحالة بل لمجرد مقاربته سن التقاعد المقرة قانونا تقع إحالته مخالفة للقانون ، إذ القانون قد تولى تقدير سن التقاعد التي تتحقق بها المصلحة العامة عادلا في ذلك مصلحة الحكومة بمصلحة الموظفين ، فلا يكون للحكومة أن تخالفه وترد على تقديره بخفضها السن التي قررها للتقاعد وإحالة الموظف الى المعاش قبل بلوغه هذه السن . (١٩٤٤/١٢/٢١ - م - ٤٣ - ١٠٢٢ ، ونفس المعنى ١٩٥٤/١/١٤ - ٤٣ - ١٠٢٢)

متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم الى ما استظهره من واقع النزاع المعروض من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسي الذي يتبعه المعهد في خارج البلاد الى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه في مصر ، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطلان البواعث التي اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر بهذا الشأن لا يتسم بالتعسف في استعمال الحق الموجب التعويض ، وإذ كان مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع متى قام قضاءه على استخلاص سائغ ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس . (١٩/٥/٢٥*٧٤ - ٢٥ - ٩٣٩ ويراجع نقض ١٩٧٠/٤/١٥ - م - ٢١ - ٦٣٠)

يشترط في التصرف الذي ينتفي عن وصف التعسف في فصل العامل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون مبنيا على أوضاع قائمة ومستقرة وقت حصوله لا على أوضاع قلقلة وغير مستقرة وفي الحسبان تخلفها . (١٩٦٧/٤/٤ - م - ١٨ - ٤٧)

انتفاء الخطأ الجسيم :

يعتبر مرتكبا خطأ جسيما ، المؤمن له أو المدين الذي تراخى ف ي تنفيذ التزاماته وينول عن يقظته العادية ، اعتمادا منه على الحماية التي يوفرها له عقد التأمين أو الحصانة التي يهيئها له شرط الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها .

والخطأ قد يعتبر تافها إذا صدر من الشخص لأول مرة لكن إذا تكرر حدوث هذا الخطأ من نفس الشخص يعد خطأ جسيما وقد يكون الخطأ في ذاته تافها لكن إذا اقترن بأخطاء أخرى يصبح جسيما .

ويعتبر خطأ جسيما كل ضرر يكون ماسا بمصالح حيوية للإنسان .

كذلك الإخلال إذا كان حاصلا بالتزام علف عليه الدائن أهمية خاصة أو على الأقل إذا كان المدين عالما بهذه الأهمية .

والخطأ الجسيم بهذا المعنى ، هو ذلك الخطأ الذي يصدر عن أصحاب المهن في ممارستهم لمهنهم وتقديم الخدمات المطلوبة الى عملائهم . كخطأ المحامي أو الطبيب المتميز ، فهو الفعل أو الترك الذي ينم عن خرق أكيد للقواعد المهنية والقانونية بانعقاد الرأى بين أرباب المهنة الواحدة ، ولا يعد المهني مسئولا عن أى فعل أو ترك غيره ، فالشك في كون الفعل أو الترك يشكل خرقا للقواعد المهنية ، بأن تكون صحته موضع خلاف بين أبناء المهنة الواحدة ، أو يوجد له بعض المبررات المعقولة ، ينفي عنه صفة الخطأ الجسيم ، فالقضاء في مساءلته لصاحب المهنة ينظر الى اعتبارين: الاعتبار الأول : فسخ المجال لاجتهاد مهني لأداء الخدمة بأفضل طريقة وبأجدى نتيجة ، الاعتبار الثاني : التشديد مع المهني في كل خطأ يثبت أنه خرق أكيد للقواعد القانونية والمهنية واعتبار هذا الخطأ جسيما ومعاملة مرتكبه معاملة المخطئ عمدا صونا وحماية لحقوق ومصالح الأفراد المتعاملين مع المهنيين ، والخلاصة أن سوء التقدير المهني وإن أدى الى الإضرار بالمتعاقد غير المهني لا يكون داعيا للمساءلة إذا كان سوء التقدير هذا يمكن أن يبدر من معظم هؤلاء الذين يمارسون مهنة معينة فهو مما لا يمكن التحرز عنه ولا يعد خطأ قانونيا ، أما سوء التقدير الناجم عن نقص في المهارة والكفاءة وكما تشهد بذلك أغلبية القائمين بمهنة مهينة فهو الذي يطلق على الخطأ المتميز .

ومما يؤكد فكرة قصر المسئولية بالنسبة الى المهنيين على الخطأ الجسيم وحده ، وما ورد في قانون المحاماة " على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص ويكون مسئولا في حالة تجاوزه الوكالة أو خطئه الجسيم " ، فالخطأ الجسيم في هذه الحالة هو الخطأ الذي يتفق الرأى بين المهنة الواحدة على مخالفته لقواعد المهنة ، لذلك فإن مرجع الحكم ما إذا وجد خطأ جسيم في جانب المحامي هو أهل الخبرة من المحامين أنفسهم . فإذا قرروا مؤاخذة مسلك المحامي ، فإن للقاضي تبعا لذلك أن ينسب الخطأ الجسيم له ويرتب عليه المسئولية ، وقد عبرت محكمة النقض عن خطأ المحامي ، الجسيم بالوقائع التالية : كان لزاما على الطاعينن (المحامين) وقد تسلموا من المطعون ضدهم عقد الحلول - الحلول في الرهن - والشهادات الدالة على صفاتهم وحقهم في اتخاذ إجراءات البيع (وتعنى المحكمة بيع عقار كان مرهونا للبنك العقاري رهنا أول ولإحدى الشركات رهنا ثانيا فدفع مورث المطعون ضدهم دين البنك وحل محله في الرهن وباشرت الشركة في بيع العقار المطلوب لاستيفاء دينها ، وقد أهمل محامو المطعون ضدهم في تجديد الرهن لصالح المورث ، فكانت النتيجة أن بيع العقار فاستوفت الشركة دينها كاملا . بينما لم يحصل مورث المطعون ضدهم من دينه شيئا) أن يقدموا بإجراء التجديد في الميعاد القانوني حتى لا يسقط حق موكليهم . أما وهم لم يفعلوا فقد قصروا في واجبهم تقصيرا جسيما يجعلهم مسئولين عن الضرر الذي نشأ وفقا للمادة ٥٢١ مدني .... " .

وقد قضت محكمة النقض بأنه عدم حضور المحامي المرافعات ، دون عذر مشروع ، يعد خطأ ثابتا (جسيما) .

الخطأ العمدي والخطأ الجسيم :

الخطأ العمدي هو الامتناع عمدا عن تنفيذ الالتزام الناشئ من العقد على الوجه المتفق عليه .

أما الخطأ الجسيم فهو خطأ غير عمدي ولا يخرج عن الإهمال وعدم الاحتياط ولكنه يقوم على عدم اكتراث بالغ بالالتزامات واستهتار كبير بالحقوق دون نظر الى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار .

وقد رتب القانون المدني ، في مجال علاقات تنفيذ العقد ، أحكاما خاصة على ارتكاب الغش والخطأ الجسيم نلقي الضوء عليها فيما يلي :

١- التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة .

٢- بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم .

٣- جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) .

٤- جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقا .

٥- عدم جواز إمهال المدين في حالة ارتكابه لغش أو الخطأ الجسيم .

٦- عدم جواز التأمين عن المسئولية الناتجة عن غش المؤمن له .

التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة :

القاعدة إذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المدين في المسئولية العقدية لا يلزم في غير حالة الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك عملا بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدني والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات " (١٩٧٠/٣/٣١ – م نقض م – ٢١ – ٥٣٨ ونفس المعنى ١٩٧٠/١٢/٨ –م نقض م – ١٢ – ١٢٠٨) وبأنه " يجب لاعتبار الضرر متوقعا أن يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد منها المدين وقت التعاقد ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل يجب أيضا توقع مقداره ومداه وإذ كان لا يمكن للناقل العادي أن يتوقع مقدار الكسب الذي قد يفوت وزارة التموين (الطاعنة) نتيجة فرضها السعر الإجباري في حالة فقد البضاعة لأنه لا يستطيع الإلمام بالأسعار الجبرية التي تفرض في البلاد التي يرسل إليها سفنه وما يطرأ عليها من تغيير فإنه لا يكون مسئولا عن فوات هذا الكسب وإنما يسأل فقط عما فات الطاعنة من كسب بسبب زيادة سعر البضاعة الفاقدة في السوق الحرة في ميناء الوصول على سعر شرائها ولا يحول دون معرفة ما تساويه البضاعة الفاقدة فعلا في السوق الحرة في ميناء الوصول وجود سعر جبري للبن في هذا الميناء إذ في الإمكان تحديد هذه القيمة بالاستهداء بقيمة البضاعة في ميناء قريب لميناء الوصول به سوق حرة للبن وتماثل ظروفه ميناء الوصول ، مع ملاحظة أن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر الذي يدعيه

ومن ثم يجب للقضاء له التعويض عما فاته من كسب أن يثبت أن سعر البن في السوق الحرة في ميناء الوصول كان يزيد على سعر شرائه له وإذا اقتصر الحكم المطعون فيه في تقدير التعويض على ما لحق الطاعنة من خسارة وأغفل بحث ما يكون قد فاتها من كسب أن يثبت أن سعر البن في ميناء الوصول كان يزيد على سعر شرائها له فإنه يكون مخطئا في القانون ومشوبا بالقصور.

لكن عند الغش أو الخطأ الجسيم يلزم المدين بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع :

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن إخلال مورث الطاعنين بالتزامه بتسليم كميات من الأرز عينا استمر حتى ارتفع ثمنها وقت رفع الدعوى عن الثمن المتفق عليه في العقد وكان هذا الإخلال العمدي على الصورة اليت أوردها الحكم من شأنه أن يوجب إلزامه بالتضمينات ما كان منها متوقعا أو غير متوقعا وفقا لأحكام المواد ١١٩ ، ١٢١ ، ١٢٢ من القانون المدني القديم الذي يحكم واقعة الدعوى . لما كان ذلك فلا أساس لما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه من أنه خالف قاعدة المسئولية التعاقدية التي تقصر في غير حالة التدليس – التعويض بقيمة الإلزام بالتنفيذ العيني في الوقت المحدد اتفاقا " (١٩٨٥/١٢/٤ – م نقض م – ٩ – ٧٠٣)

بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم :

الأصل أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، ويقع باطى كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية التي تترتب على العمل غير المشروع . (م ٢١٧ مدني)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي : " فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا جوز في المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية أيا كانت درجة الخطأ ... على أن ذلك لا ينفي جواز التأمين على الخطأ ولو كان جسيما بل وفي نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها متى كان لا يرتفع الى مرتبة الغش كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم بل وعن الغش الواقع من هؤلاء سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية .

والغرض من عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التي تنشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم هو أنه لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسئولية عن الفعل العمد ... لكان التزامه معلقا على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز " .

أو بتعبير أشمل هى وجوب الحفاظ على فكرتى القوة الملزمة للعقد والتضامن الاجتماعي (فلا يجوز أن ينصرف الإعفاء الى هدم العقد أو إفراغه من كل منفعة) كما أن (من الضروري أن يلزم المدين بحد أدنى من العناية يتمثل في تجنب الأخطاء الجسيمة) و (إن الإعفاء عن الأخطاء العمدية معناه التجرد من الإحساس بالمسئولية ومن الالتزام بقواعد الأخلاق ، وهو محض مخالفة للآداب العامة والنظام العام) .

وإن مخالفة القيم الإنسانية أو القواعد الجنائية أو القواعد المدنية أو الآمرة إنما تتضمن بحد ذاتها خطأ عمدا أو على الأقل خطأ جسيما ، ومن الأمثلة على القواعد الآمرة في القانون الخاص التي نهى المشرع بنص صريح عن الاتفاق على مخالفتها ما نص عليه قانون التجارة من مسئولية الناقل من وقت تسلمه لشيء عن هلاكه كليا أو جزئيا وعن تفه وعن التأخير في تسليمه . باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسئولية عن هلاك الشيء كليا أو جزئيا أو تلفه ، وكذلك يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من هذه المسئولية إذا نشأت عن أفعال تابعيه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ٢٢١ من القانون المدني تقضي بأن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خساؤوة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام فإن مقتضى ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الناقل يكون مسئولا عن هلاك البضائع أو فقدها أثناء الرحلة البحرية بمقدار سعرها بالسوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب في ميناء الوصول ومن ثم فإنه وإن جاز الاتفاق على إعفاء الناقل البحري من المسئولية أو على تخفيفها إذا كان العجز في البضائع أو تلفها قد يحدث قبل شحنها أو بعد تفريغها أى قبل أو بعد الرحلة البحرية إلا أنه إذا كان العجز أو التلف قد لحق البضائع أثناء هذه الرحلة فإن الاتفاق على إعفاء الناقل البحري من المسئولية أو تخفيفها عن الحد الذي تقضي به معاهدة بروكسل والقواعد العامة في القانون المدني المكملة لها يكون اتفاقا باطلا بطلانا مطلقا ولا يسوغ إعماله " (١٩٧٥/٤/٣٠ - م نقض م - ٢٦ - ٨٩٠)

ولا يتوقف واجب القضاء عند حد إبطال الاتفاقات الصريحة في الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم ، ذلك أن مثل هذه الاتفاقات نادرة بل يمتد ويجد مجاله الحيوي في العمل ، الى اختبار وتكييف الأخطاء التي صدرت من المتعاقد في نطاق الإعفاء المشروع . أى الإعفاء من الأخطاء اليسيرة ، فإذا تبين للقاضي أن الخطأ ما هو في حقيقته إلا خطأ عمد أو خطأ غير عمد ولكنه جسيم فهو لا يجد بداً من القضاء بقيام مسئولية المتعاقد رغم شرط الإعفاء من الخطأ اليسير .

جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي :

تنص المادة ٢٢٣ مدني على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢١٥ الى ٢٢٠ " .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه ، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض بل الوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى ، فلابد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهى الخطأ والضرر والإعذار ... فيشترط أولاً توافر الخطأ - ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلا ، من جراء سبب أجنبي لابد للمدين فيه ... بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحا ... ويراعى من ناحية أخرى أن الجزاء المشروط لا يستحق إلا إذا كانت استحالة الوفاء عينا بالالتزام الأصيل راجعة الى خطأ المدين ... ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي ليس بمنزلة التزام بدلي أو تخييري .... ويشترط توافر الضرر ، فهو بذاته مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه .. أما إذا جاوزت قيمة الضرر مقدار الجزاء ، فليس للدائن أن يطالب بزيادة هذا المقدار ، إلا إذا أقام الدليل على أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ذلك أن الشرط الجزائي .. يكون بمثابة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسئولية ... تبطل فيما يتعلق بالغش والخطأ الجسيم كذلك يكون الحكم إذا قصد من المبالغة في تافهة مقدار الجزاء المشروط الى ستر حقيقة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسئولية .. ويشترط أخيرا إعذار المدين ... وبديهي أن هذا الحكم لا يسري إلا حيث يكون توجيه الإعذار ضروريا .. وهو يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينعقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقا ... ويفترق ... عن العربون ... فالعربون لا يكون بمثابة تقدير للتعويض على وجه الإطلاق ، بل يكون وسيلة لإثبات خيار العدول ، أو مبلغا يعجل للإفصاح عن إتمام العقد نهائيا .. وينبغي الرجوع الى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز انتقاص منها ، أو تقرير اتفاقي يجوز انتقاصه ولاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحا " .

والالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي ، فتكون العبرة بالالتزام الأصلي بالشرط الجزائي :

لا يستطيع الدائن المطالبة بالشرط الجزائي مادام تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا ، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي ، كما يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه إذا كان هذا الالتزام باطلا أو قضى بإبطاله استتبع ذلك بطلان الشرط الجزائي زلكن العك غير صحيح ، كما أنه إذا انفسخ العقد الذي تضمن الشرط أو فسخ سقط الالتزام الأصلي والشرط الجزائي ويق تصر سند الدائن في المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة وعلى أساس المسئولية التقصيرية ودون نظر لما كان يتضمنه العقد من شرط جزائي ، ولذلك فإنه إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لغير سبب أجنبي لم ينفسخ العقد ويكون الدائن بالخيار بين أن يطلب التنفيذ بمقابل أى التعويض فيعمل الشرط الجزائي وبين أن يطلب الفسخ مع التعويض وفي هذه الحالة لا يعمل بالشرط الجزائي. (السنهوري في الجزء الثاني في البنود ٤٨٦ : ٤٨٨ ، ومرقص بند ٦٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الشرط الجزائي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن " (١٩٧٨/٤/١٨ – الطعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ق) وبأنه " لا على الحكم إن هو لم يرد على ما تمسك به الطاعن من دفاع يتعلق بالشرط الوارد بعقد الصلح بأعمال المادتين ٢٢٣ ، ٢٢٤ من القانون المدني عليه باعتباره شرطا جزائيا متى كان الحكم قد قرر أن عقد الصلح ذاته المتضمن هذا الشرط قد فسخ وانتهى الحكم الى تطبيق القانون تطبيقا صحيحا في صدد الآثار القانونية المترتبة على هذا الفسخ " (١٩٦٨/٢/٢٧ – م نقض م – ١٩ – ٣٨١)

الحكم بالشرط الجزائي مرهون بثبوت وقوع الخطأ وقيام رابطة السببية بينه وبين الضرر :

إن كان يكفي الدائن إثبات الخطأ فيفترض بموجب القرينة التي ينشها الشرط الجزائي وقوع الضرر وقيام رابطة السببية بينه وبين الخطأ ، ويقع على عاتق المدين نفى الضرر أو نفى السببية للتخلص من أعمال الشرط الجزائي . (إسماعيل غانم بند ٤٩ - مرقص بندى ٦٢٧ ، ٦٣٠ – السنهوري بندى ٤٧٣ ، ٤٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لمحكمة الموضوع إذا نص في العقد على شرط جزائي عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، السلطة التامة في اعتباره مقصرا جسيما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير متى كان سائغا . لما كان ذلك، وكان تخلف الطاعنين عن تنفيذ التزامهما يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين ، فإن المطعون عليهم لا يكلفون بإثباته " (١٩٧٦/١٢/٢٨ – م نقض م – ٢٧ – ١٨٢٠)

ويتوقف الحكم بالشرط الجزائي على وقوع الضرر، ولكن يفترض لصالح الدائن وقوع الضرر، ويقع على عاتق المدين نفى وقوعه فإن نجح في ذلك امتنع الحكم بالشرط الجزائي:

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي مادام قد ثبت أن كلا من المتعاقدين قد قصر في التزامه " (١٩٥٧/١٢/١٩ - م نقض م - ٨ - ٩٢١) وبأنه إذا نص في العقد على شرط جزائي عند قيام المتعهد بما التزم به فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصرا أو غير مقصر جسيما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير " (١٩٣١/١٢/١٧ - م ق م - ٤٤ - ٢٦٥) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقي كمية .. المتعاقد عليها ، فيكون مسئولا عن التعويض ، وكان الطرفان قد اتفاق بالعقد على تقدير هذا التعويض فإن هذا الشرط الجزائي يقتضي أن يكون على الطاعن عبء إثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد " (١٩٧٤/١٢/١٢ - ٢٥ - ١٤٢٧) وبأنه " لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام ، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط " (١٩٦٧/١١/١٤ - م نقض م - ١٨ - ١٦٦٨) وبأنه إذا اتفق في عقد بيع بضاعة على شرط جزائي ، وقرر الحكم أن كلا الطرفين قد قصر في التزامه وقضى لأحدهما بتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح بسبب تقصير الطرف الآخر وحدد هذا التعويض على أساس ربح قدره بنسبة معينة من ثمن البضاعة - فإن من مقتضى ما قرره الحكم من وقوع تقصير من المحكوم له أيضا أن يبين مقدار ما ضاع عليه من كسب وما حل به من خسارة بسبب تقصير المحكوم عليه وأن يحمله مقدار ما حل به من خسارة وما ضاع عليه من كسب بسبب تقصيره هو - فإذا كان الحكم لم يبين ذلك ولم يذكر العناصر الواقعية التي بنى عليها تحديد التعويض على أساس الربح الذي قدره - فإنه يكون مشوبا بالقصور " (١٩٥٧/١٢/١٩ - م نقض م - ٨ - ٩٢١) وبأنه " متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ورأت معها أنه تعويض عادل مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليها فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره ولا تثريب عليها إذ هى لم تر - وإن كانت المادة تجارية - موجبا لتكليف المطعون عليها تقديم دفاترها أو الأخذ بالمقارنات التي أوردها الطاعنان في مذكرتها اكتفاء بالاعتبارات التي استندت إليها في تقدير التعويض . إذ الأمر بتقديم الدفاتر في هذه الحالة جوازى لها " (١٩٥٢/٣/٢٧ - م ق م - ٤٥ - ٢٦٥)

والقاضي يتقيد بالشرط الجزائي فلا يجوز له نقصه إلا في حالات ثلاثة أولها : إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان مقدار الشرط الجزائي يجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، وثانيها : إذا ثبت أن المدين قام بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا ، وثالثها : إذا أثبت المدين أن الشرط الجزائي مبالغ فيه مبالغة كبيرة بحيث يصبح شرطا تهديديا فحسب .

وقد قضت محكمة النقض بأنه تقضي المادة ٢٢٤ من القانون المدني بأنه " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه - ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ، وإذ كان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذي يحكم واقعة الدعوى لا يمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامي وموكله في حالة عزله عن الوكالة . لما كان ذلك ، فإن مبلغ الـ ٥٠٠٠ جنيه المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائي على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام العمل دون سبب يدعو لذلك لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقا فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرره المنصوص عليه في المادة ٢٢٤ من القانون المدني وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتباره أنه تعويض اتفاقي محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه " (١٩٧٥/١٢/٣١ - م نقض م - ٢٦ - ١٧٥٧) وبأنه " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفاق في شروط المزايدة على أن لوزارة التموين - الطاعنة - أن تصادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه وإعادة البيع على ذمته أو إذا تأخر التخزين والمصاريف الإدارية والفوائد بواقع ٧% سنويا وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون عليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائي يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض فمن ثم يجوز للقاضي عملا بالمادة ٢٢٤ من القانون المدني أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه " (١٩٧٠/٤/٣٠ - م نقض م - ٢١ - ٧٦٨)

كما قضت أيضا بأنه متى كانت المحكمة قد اعتبرت في حدود سلطتها الموضوعية وبالأدلة السائغة التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تمهيدي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون لها أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقدر التعويض طبقا للقواعد العامة " (١٩٥٥/٢/١٧ - م ق م - ٤٧ - ٢٦٥) وبأنه " إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن توريد باقي الأقطان المتفق عليها للمشتري فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضي على ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يخفض التعويض المتفق عليه الى الحد الذي يتناسب مع مقداره الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن مما يدخل تقديره في سلطان محكمة الموضوع " (١٩٦٢/١٢/٢٧ - م نقض م - ١٣ - ١٢٣٧ - ونفس المعنى في ١٩٥٥/٢/١٧ - م ق م - ٤٦ - ٢٦٥)

كما أن القاضي يتقيد بالشرط الجزائي فلا يجوز له زيادته ولو ثبت له أن الضرر الذي لحق الدائن تزيد قيمته على قيمة التعويض المتفق عليه ، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة ما إذا كان عدم وفاء المدين راجعا الى الغش أو الخطأ الجسيم .

ويسقط الشرط الجزائي بعدول الطرفين عنه كالشأن فيما لو أغفلا النص عليه في العقد النهائي بعد إن كان منصوصا عليه في العقد الابتدائي :

وقد قضت محكمة النقض بأنه العقد النهائي - دون العقد الابتدائي - هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ، ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الابتدائي أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما في عدم التمسك به أو تطبيقه " (١٩٥٨/١/٩ - م نقض م - ٩ - ٦٢ - وراجع ١٩٤٢/١١/١٩ - م ق م - ٤٩ - ٢٦٥).

جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم الحكم بها إطلاقا :

ينص القانون المدني على ما يلي : " يجوز أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الاتفاقية إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم " . كما نص كذلك " أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع بخطئه فللمحكمة أن تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو ألا تقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال النزاع فيها بلا مبرر (م ٢٢٩ مدني)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي : " بيد أن اثر هذا التخفيض أو ذاك الإسقاط لا ينسحب إلا على الفترة التي يطول فيها أحد النزاع ، دون مبرر ، من جراء خطأ الدائن ، ولا يستلزم أعمال هذا النص رفع خصومة الى القضاء ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه الى إجراءات لا طائل في بطئها على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن " .

وأعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة لا يكفي فيه وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع ولو كان جسيما ن بل يشترط توافر سوء النية ، ولكن لا يلزم لتوافره أن يرفع الدائن خصومة الى القضاء :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا يكفي لأعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيء النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضرارا بالمدين " (١٩٦٩/٧/٣ – م نقض م – ٢٠ – ١١٠١) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد تبين الإجراءات التي قام بها الطاعن (الدائن) بقصد إطالة أمد النزاع ودلل على سوء نيته بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها وقضى بتخفيض الفائدة المتفق عليها وفقا للمادة ٢٢٩ من القانون المدني ، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من الخطأ في تطبيق هذه المادة يكون على غير أساس" (١٩٦٤/١٠/٢٢ – م نقض م – ١٥ – ٩٨٧) وبأنه " أعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني بتخفيض الفوائد قانونية كانت أو إضافية أو عدم القضاء بها إطلاقا ، لا يستلزم – على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – رفع خصومة الى القضاء يكون الدائن مدعيا فيها ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه الى إجراءات لا طائل من بطئها ، وإذا كان عرض المدينين للباقي من دين الطاعن لتبرئة ذمته يستلزم وقوفهم على حقيقة هذا الباقي ، وكان الحكم قد خلص الى أن المدينين لم يتمكنوا من معرفة هذا الباقي رغم إنذارهم البنك المرة بعد الأخرى ومقاصاته ، وهذا الذي خلص إليه الحكم له أصله الثابت في الأوراق ، فإن النعى عليه – لإسقاط الفوائد استنادا الى أن البنك الطاعن قد تسبب بسوء نيته في إطالة أمد النزاع – يكون على غير أساس " (١٩٧٣/٢/٨ – م نقض م – ٢٤ – ١٦١) وبأنه " تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراخي الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ذلك أن التراخي في التنفيذ لا يكون له أثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائي ولا يمنع من استحقاق الفوائد إذ كان على المدين أن يولي بالدين أو أن يتمسك بأى سبب من أسباب انقضائه " (١٩٦٤/٦/١١ – م نقض م – ١٥ – ٨٣٨).

امتناع إمهال المدين في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم :

الأصل في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض ، على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل ، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته " .

وتنص المادة (١٥٧) على أنه " ١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان لمه مقتض . ٢- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي : " فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ... تعيين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب وجاز له أن يحكم بالتعويض ... أما إذا اختار الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ... على أن للقاضي أن يجيب الدائن الى طلبه ويقضي بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض .. ولا يكون المتعاقد ذاته في حالة الفسخ – أساس للإلزام بالتعويض إذ هو ينعدم انعداما يستند أثره بفعل الفسخ وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا بشروط ثلاثة أولها : أن يظل تنفيذ العقد ممكنا ، والثاني : أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث : أن يبقى المدين على تخلفه .. فإذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة تحقق بذلك ما ينسب الى المدين من خطأ أو تقصير " .

جواز التأمين عن الخطأ الجسيم :

لم يكن جائزا التأمين ضد الحوادث ال ناجمة عن الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم .

لكن منذ بداية القرن العشرين صدرت قوانين أقرت التأمين على المسئولية الناجمة عن الخطأ الجسيم.

وتحقق الخطر المؤن منه بخطأ جسيم لا يخل بمبدأ عدم جواز تعلق تحقيق الخطر على محض إرادة المؤمن له ، فالمؤمن له في حالة ارتكابه الخطأ الجسيم ، لم يقصد تحقيق الخطر ذاته وإن قصد إتيان الفعل الذي حقق الضرر ، فتحقيق الخطر حصل نتيجة عوامل أخرى غير محض إرادته .

وينادى الفقه بإمكان اشتراط المتعاقد الإعفاء أو التخفيف من المسئولية العقدية في حالة ارتكابه الخطأ الجسيم ، وإبقاء الخطأ العمد وحده في دائرة الحظر من الاتفاق على الإعفاء من المسئلولية العقدية ، وهم يقولون " متى جاز للمؤمن له غلا بتحمل عبء التعويض ، بالتأمين من مسئوليته ، فكأنما اعتبر التزامه غير متعلق بالنظام العام ، فما الذي يمنع إذن من أن يتفق مع الدائن على أن يعفيه من ذلك الالتزام في حالة توافر أركان المسئولية خصوصا وأن مثل هذا الاتفاق يقرب شبها من التأمين متى راعينا أن المدين لم يحصل عليه عادة إلا ببعض التضحية لدائنه فيقبل منه شروطا يعطيه بها مميزات تعاقدية مقابلا لما يدفعه له من أقساط إلى المؤمن (راجع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد للأستاذ / عبد الجبار الملا صالح ط١٩٧٤ ص٤٢ وما بعدها).

عدم جواز التأمين عن المسئولية الناجمة عن غش المؤمن له :

يقضي القانون المدني بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة المؤمن له للقوانين والأنظمة ، إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية . كما يقضي بسقوط الحق في التأمين إذا تسبب المستفيد من التأمين عمدا في موت الشخص المؤمن على حياته ، أو وقع الموت بناء على تحريضه ، ويقضي أيضا بعدم مسئولية المؤمن عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمدا أو غشا .

والمفهوم المخالف لهذه الأحكام ، هو جواز التأمين ضد ما يحدث المستفيد بخطئه غير العمد ولو كان جسيما ، من ضرر للغير أو لنفسه .

والتأمين على المسئولية نظام يشتبه والاتفاق على الإعفاء من المسئولية من حيث أن المسئول لا يتحمل نتيجة خطئه في الحالتين ، لكنهما إن اتفقا عند هذه النتيجة العرضية فهما مختلفان تمام الاختلاف في الجوهر ذلك أن من يعقد تأمينا لا يقصد التحرر من المسئولية وإنما هو شخص ذو بصر يعمل على تجنب النتائج السيئة التي قد تحدق من جراء عمله فيعقد مع المؤمن (شركة التأمين) اتفاقا على أن يتحمل هذا مقابل أقساط يدفعها له ، نتائج أخطائه .

والخلاصة أنه ليس للمؤمن له أن يؤمن نفسه من خطر يستطيع تحقيقه بمحض إرادته ، وما عليه إلا أن يحققه حتى يستحق مبلغ التأمين في أى وقت أراد ، إذ لابد أن يتدخل في تحقيق الخطر عامل آخر غير محض إرادته ، بينما خطؤه العمدي يتعلق بمحض إرادته .

ولا يشترط في الخطأ العمد ، أن يكون المؤمن له قد تعمد الإضرار بالمؤمن ، بل يكفي أن يكون قد تعمد تحقيق الخطر المؤمن منه وهو عالم أنه بتحقيق هذا الخطر يثير مسئولية المؤمن عن تعويض الضرر .

على أنه رغم ما تقدم يجوز التأمين عن الخطأ العمد في حالتين :

١- أن يكون قد ارتكب الخطأ العمد دفاعا عن النفس ، كما إذا أمن شخص لمصلحته على حياة الغير ، ثم اضطر الى قتل هذا الغير ، وهو يستعمل حقه المشروع في الدفاع عن نفسه .

٢- إذا كان هناك ما يبرر الخطأ العمد الذي أقدم عليه المؤمن له ، وتبرير الخطأ قد يرجع لاعتبارات إنسانية أو لاعتبارات تتعلق بالصالح العام / كما لو عرض المؤمن له نفسه للموت إنقاذا لغيره فمات فعلا . كما أن المبرر قد يكون صالح المؤمن نفسه ، ففي التأمين من الحريق يجوز للمؤمن له ، بل يجب عليه أن يتلف عمدا بعض المنقولات المؤمن عليها لمنع امتداد الحريق وذلك لمصلحة المؤمن حتى تنحصر مسئوليته في أضيق الحدود الممكنة .

أحكام النقض :

العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون مما مؤداه التزام المستأجر باحترام الشروط الواردة في عقد الإيجار والذي يحظر عليه التنازل عن الإيجار وإلا حق عليه الجزاء المقرر لمخالفة ذبك في العقد أو في القانون ، وكان من الأصول التي تقوم عليها القوانين الاستثنائية الصادرة في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين حظر تأجير الأماكن المؤجرة من الباطن والتنازل عن الإيجار وترك المكان المؤجر للغير بأى وجه من الوجوه بغير إذن كتابي صريح من المالك ، وتقرير الحق للمؤجر في حالة إخلال المستأجر بذلك في طلب إخلاء المكان المؤجر . (١٩٧٩/٥/٧ في الطعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ق ونفس المعنى في ١٩٧٩/٢/١٧ في الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٦ق).

إذ كان يبين من الإطلاع على مشروع العقد الذي أعدته نقابة المهن التعليمية المطعون عليها - لإدارة صيدليتها ، وأرسلت صورة منه للطاعن أنه لم يتضمن شروطا تكشف عن النية في اختيار وسائل القانون العام ، فإن قواعد القانون الخاص تكون هى الواجبة التطبيق وإذ يجوز للمتعاقدين وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني تعديل العقد باتفاقهما فإنه يجوز أيضا لصاحب الدعوة الى التعاقد بطريق المزاد ، بعد الإعلان عن شروطه ، وتقديم العطاءات دون ما حاجة الى الإعلان عن مزاد جديد ، وإذ استخلص الحكم المطعون فيه حدود سلطته الموضوعية ، وبأسباب سائغة - لم تكن محل نعى - أن الطاعن بعد أن تقدم بعطائه قد قبل الشروط ، المتعلقة بالاعتبارات الشخصية ، والتي أضافتها المطعون عليها الى تلك السابق الإعلان عنها فإن النعى عليه بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون على غير أساس . (١٩٧٦/٤/٢٢ - ٢٧ - ٩٩٨)

العقد قانون العاقدين فالخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون العام يخضع لرقابة محكمة النقض ففي دعوى المقاول الذي لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائي امتنع ولم يحرر عقد التوريد وطلب إعفاء من التعهد فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف الى غيره في استيراد المطلوب له - في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذي كان يجب تطبيقه فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق ، ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة فيما يرتثيه من تفسير هذه الشروط لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض . (١٩٣٧/١٢/١٢ - ١٥٨ - ٨٥٧)

ليس في أحكام القانون المدني ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد بل أن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . (١٩٤٧/٥/١٥ - ٢ - ٨١٨)

متى كان البيع الصادر قبل ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ قد وقع طبقا لأحكام القانون المدني فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يبقى صحيحا بعد صدور قانون الإصلاح الزراعي ويظل ملزما لعاقديه ولو كان من شأنه أن يجعل المتصرف إليه مالكا لأكثر من الحد المقرر وتخضع الزيادة في هذه الحالة لأحكام الاستيلاء لدى المتصرف إليه ، ومن ثم فإنه لا يترتب على بلوغ ملكية المشتري الحد الأقصى للملكية المقررة في قانون الإصلاح الزراعي وجوب رد هذه الأطيان الزائدة الى البائعين . (١٩٦٩/١٢/١٨ - ٢٠ - ١٢٨٩)

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المستفاد من أحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن الإصلاحات والتحسينات الجديدة التي يكون المؤجر قد أدخلها في العين المؤجرة قبل التأخير تقوم ويضاف مقابل انتفاع المستأجر بها الى الأجرة التي تحدد على الأسس التي قررها القانون ، وأن الأصل وجوب أعمال ما اتفق عليه المؤجر والمستأجر في هذا الشأن سواء تم ذلك في عقد الإيجار ذاته أو في اتفاق لاحق ، ما لم يثبت أن القصد منه هو التحايل على أحكام القانون فيكون للقاضي عندئذ سلطة التقدير . (١٩٧٧/٢/١٦ - ٢٨ - ٤٦٨)

تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع . (١٩٧٧/٥/١٦ في الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ق - ٢٨ - ١٢١٤ ونفس المعنى ١٩٦٦/١١/١٥ - ١٧ - ١٦٨٨).

مفاد نص المادتين ١٤٧ ، ١٤٨ من التقنين المدني أن العقد لا ينشئ حقا ولا يولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد في العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ . (١٩٧٧/٥/١٦ في الطعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ق – ٢٨ – ١٢١٤)

مؤدى نصوص المواد ١٤٨ – ٢ ، ٥٦٦ ، ٤٣٢ من القانون المدني أن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد في العقد بشأنها وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التي لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب إعمال اتفاقهما فإن لم يوجد اتفاق وجب الرجوع الى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد في هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات لأن هذه الأمور هى من قبيل الواقع المادي الذي يجوز إثباته بكافة الطرق ، ولما كان عقد الإيجار المؤرخ .... شأنه في ذلك شأن عقد الإيجار المؤرخ ..... لم يحدد ملحقات العين المؤجرة ولم يتضمن من جهة أخرى ما ينفي وجودها فإن طرفيه يكونان قد تركا أمر تحديد تلك الملحقات لحكم المادة ٥٦٦ مدني باعتبارها مكملة لإرادتهما . (١٩٧٩/٢/٢٤ الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٤ق)

مفاد نص المادة ١٣٨ من القانون المدني القديم أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والأفراد وأنه يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقا لطبيعة الالتزام . (١٩٦٨/٥/٢٨ – ١٩ – ١٠١٤)

لئن كان اعتقال العامل بأمر من المحاكم العسكرية أو سلطات الطوارئ غير ممكن ومستحيل الدفع فيعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على العامل ، بيد أنه لما كانت هذه الاستحالة وقتية بطبيعتها لا ترتب إنفساخ عقد العمل بقوة القانون بل تؤدي الى مجرد توقعه لأن الإنفساخ لا يقع بالاستحالة النهائية .... وكان المبدأ السائد في نطاق السياسة التشريعية لقوانين العمل هو مبدأ استقرار روابط العمل حماية للعامل أساس وضمانا لمعاشه ، فإن من نقتضى ذلك أن وقف عقد العمل المنبثق عن اعتقال العامل لا يرتب كل آثار الوقف وإنما يبقى للعقد على الرغم من وقفه لأحد الالتزامات الرئيسية الناشئة عنه وهو التزام صاحب العمل بأداء أجر العامل إليه عن مدة الاعتقال طالما أن الأجر عن عماده الأساسي في معاشه مما ينبغي معه الاعتداد بصفته الحيوية هذه بالنسبة له وعدم حرمانه منه بسبب اعتقاله الذي أوقف عقده ويعد أمرا خارجا عن إرادته لا يد له فيه . (١٩٧٧/٣/٦ – ٢٨ – ٦١٢)

الدفــع بعـــدم التنفيــذ :

نصت المادة ١٦١ من القانون المدني على أن " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم له .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي : " العقد لا ينقسم في هذه الصورة ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه ، وهذا هو الفارق بين الفسخ وعدم التنفيذ ومهما يكن من شيء فليس يباح للعاقد أن يسيء استعمال هذا الدفع فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل له كاد أن يكمل نفاذه وأصبح بذلك ما لم ينفذ منه ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء وتطبق الأحكام الخاصة بالحبس في أحوال إخلال العقود الملزمة للجانبين بسبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الإقالة ، ذلك أن إخلال العقد يوجب على كل من المتعاقدين رد ما أدى إليه فيجوز لكل منهما أن يحسب ما استوفاه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ...

المقصود بالدفع بعدم التنفيذ :

هو حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته - فالأصل في العقود الملزمة للجانبين وفقا لنية طرفيه تعارض تنفيذ الالتزامات المتقابلة ، والدفع بعدم التنفيذ ليس له طابع جزائي بل هو ذوي طابع وقائي يهدف كفالة استمرار التعارض الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة . (كمال عبد العزيز ص٤٩٧).

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر أربعة شروط أولها : أن يكون الالتزامان متقابلين وناشئين عن عقد ملزم للجانبين يربط الطرفين ، وثانيهما : أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه حالا ، وثالثها : ألا يكون المتمسك بالدفع ملزما بالوفاء أولاً ، ورابعها : أن يكون المتمسك بالدفع حسن النية فإن توافرت هذه الشروط الأربعة لم يلزم بعد ذلك ثبوت خطأ الطرف الآخر .. ولا يلزم استئذان القضاء ولا يلزم الإعذار ، كما لا يلزم عرض الوفاء .

الشرط الأول : أن يكون الالتزامات متقابلين وناشئين عن عقد تبادلي ملزم للجانبين ، ولا يغني أحد الشرطين عن الآخر :

إذا كان الالتزامان متقابلين ولكنهما غير ناشئين عن عقد ملزم للجانبين امتنع الدفع بعدم التنفيذ.

فالدفع بعدم التنفيذ يغلب على العقود الملزمة للجانبين، وهو بهذا أشيق من الحق في الحبس، فقد يوجد الحبس في العقود الملزمة بجانب واحد، كما إذا حبس المودع لديه الشيء حتى يسترد ما أنفق عليه من مصروفات في قطعه، بل أن الحبس يوجد حيث يوجد ارتباط بين حق الدائن والتزامه بالرد ولو لم يكن بين الطرفين علاقة عقدية، كحائز ملك الغير بحبسه حتى يستمد المالك الحقيقي ما أنفقه عليه من مصروفات.

وقد قضت محكمة النقض بأنه الدفع بعدم التنفيذ ، وجوب أن يكون كلا الدنين سببا للآخر في عقد تبادلي لمحكمة الموضوع استظهار إرادة الطرفين في مقابل الالتزامات " (١٩٧٩/٢/٢٨ في الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤٨ق) وبأنه مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره (١٩٧٧/٢/٢٢ - م نقض م - ٢٨ - ٥٠٥) وبأنه من المقرر طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات متقابلة في العقود الملزمة للجانبين ولم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، كان للآخر أن يوفى بالتزامه ، ومناط هذا التقابل إرادة الطرفين وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره " (١٩٧٧/١١/٨ في الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٤ق) وبأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أعمال اتفاق الطرفين وخلص بأسباب سائغة ولها سندها الى ثبوت السباب الجدية التي يخشى منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم .. وأن الطاعنة قصرت في تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن - للبنك - وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع على العقد النهائي ، وهى الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقي الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١ ، ٢/٤٥٧ من القانون المدني ويجعل وفائهم به عن طريق إيداعه صحيحا طبقا لما تقضي به المادة ٣٣٨ من هذا القانون لثبوت الأسباب الجدية التي أوردها تبريرا لهذا الإجراء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يقدح في ذلك أن يكون الحكم قد أخطأ في وصف اشتراط الطاعنة في العقد أن الرهن لا يمنع من سداد الثمن بأنه شرط قائم على الغش في حين أنها لم تخف الرهن على المطعون ضدهم وأجازت لهم حبس الدين وفوائده من باقي الثمن ، لأن ذلك الوصف لم يكن لازما لقضائه " (١٩٧٥/١٢/١٠ - م نقض م - ٢٦ - ١٦٠٦)

وبأنه مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تبادل من التزامات طرفى الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره " (١٩٥٥/٤/١٤ - م ق م - ١١٠ - ٨٤٩) وبأنه " التزام المشتري برد الأرض المبيعة - بعد فسخ عقد البيع - إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما ما قبضه من الثمن ومن ثم فإن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن " (١٩٦٨/٦/٢٧ - م نقض م - ١٩ - ١٢٣٤)

الشرط الثاني : أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه حالا :

أى أنه يشترط في الالتزام المقابل الذي يتمسك الدافع بعدم تنفيذه ، أن يتخلف الطرف الآخر عن تنفيذه ، رغم كونه حالا واجب الأداء ، فلا يصلح الاستناد الى عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزام طبيعي أو مضاف الى أجل واقف أو تقضي طبيعته أو العرف الجاري في المعاملات تراخي تنفيذه .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع " (١٩٦٩/٧/٣ - م نقض م - ٢٠ - ١١١٨ - ونفس المعنى في ١٩٦٦/١٢/٢٩ - م نقض م - ١٧ - ٢٠٤٥ - ونقض ١٩٦٦/٣/٣ - م نقض م - ١٧ - ٥٠٤) وبأنه " أنه إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدني تلزم البائع بن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع الى المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إليه كمستندات الملكية وبيان حدود العقار ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري ولم يقم بتنفيذه جاز للبائع - وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني - أن يمتنع من جانبه عن القيان بالإجراءات اللازمة للتسجيل فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده الى مصلحة الشهر العقاري وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة الى دفعه ، وانتهى الحكم الى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده في ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون " (١٩٦٧/٧/٢٥ - م نقض م - ١٨ - ١٤٧٧)

الشرط الثالث : ألا يكون المتمسك بالدفع ملزما بالوفاء أولاً :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذي أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، إذ يمتنع عليه في هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه " (١٩٦٨/١٢/١٠ - م نقض م - ١٩ - ١٥٠٤) وبأنه " لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء في التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه " (١٩٦٦/٥/٣١ - م نقض م - ١٧ - ١٢٧٩ - وراجع نقض ١٩٦٩/٧/٣ - م نقض م - ٢٠ - ١١١٨ - ونقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ - م نقض م - ١٧ - ٥٠٤)

الشرط الرابع : أن يكون المتمسك بالدفع حسن النية :

أن يكون المتمسك بالدفع مستعدا لأداء التزامه ، فإذا جحد أحد المتعاقدين تعهد وأعرب في وضوح عن نيته في عدم الوفاء بما التزم به ، فلا يقبل منه أن يتمسك بعدم التنفيذ لعدم تنفيذ المتعاقد معه للالتزام المقابل لالتزامه . (نقض مدني في ديسمبر ١٩٥٨ س٩ ص٧٠٣)

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا ، بل يجب الى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع ... فلا يباح العاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية ، وإنما يكفيه في هذا الحالة إنقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل " (١٩٦٦/٥/١٠ – م نقض م – ١٧ – ١٠٤٠) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن مورث الطاعنين قد أخل بالتزامه عمدا وقصر في الوفاء بع وجحد تعهده وأعرب في جلاء وضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا فإنه لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو ولذي أصر على عدم الوفاء به " (١٩٥٨/١٢/٤ – م نقض م – ٩ – ٧٠٣ ، ونفس المعنى في ١٩٥٢/١٢/٢٥ – م ق م – ١٠١ – ٣٦١) وبأنه " إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وإن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل التذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه (١٩٥٦/٦/٢٨ – م نقض م – ٧ – ٧٨٩)

تمييز الدفع بعدم التقيد عن الحق في الحبس :

فكلا من الحقين ، حق الحبس وحق الدفع بعدم التنفيذ له وضع قانوني مستقل بذاته ، وينبغي حصر نطاق كل منهما عن الآخر .

فالحبس نظير في شخص يحوز عينا أو مالا مملوكا للغير ، أما الدفع بعدم التنفيذ فيمكن التمسك به ولو كان ما يحبسه الدافع شيئا مملوكا له أو مجرد مبلغ من المال أو فعل شيء أو الامتناع عن فعل ، فهو حكم من أحكام العقد التبادلي أيا كان محل الالتزامات فيه .

كما أن الأساس الذي يقوم عليه كل منهما مختلف ، فأساس حق الدفع بعدم التنفيذ قواعد الإرادة والغرض . أما حق الحبس فهو قائم على أساس المساواة بين مصلحتين متعارضتين ، فمصلحة مالك الشيء أن يطالب برده ومصلحة حائزه الذي ترتب له حق قبل المالك بمناسبة هذا الشيء .

والدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود رابطة عقدية بين طرفيه ، في حين أن الحق في الحبس لا يستلزم وجود هذه الرابطة ويكتفي بارتباط الالتزامين ولو كان مصدر أحدهما مركزا واقعيا ... والدفع بعدم التنفيذ يشترط فيه تقابل التزامين ناشئين عن نفس العقد ، في حين أن في الحق في الحبس يكفي أن يكون هناك ارتباط بين الشيء الذي يحبسه الحابس وبين التزام ملقى على عاتقه ... ويترتب على هذا الفارق عدة نتائج من أهمها أنه يشترك للتمسك بعدم التنفيذ كما رأينا ، حسن النية وهو شرط غير لازم في الحبس ، وأن الحابس يزول حقه في الحبس إذا قدم الطرف الآخر تأمينا كافيا ، وهو ما لا يسقط الحق في التمسك بعدم التنفيذ . (يراجع في ذلك حجازي في البندين ٥٣٠ ، ٥٣١)

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يقم أحد العاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفي بالتزامه من غير حاجة الى تنبيه رسمي أو الى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر . فإذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بان يسدد الى البنك مطلوبه على أقساط ، وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عيني مقدم عليه ، قم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقاري ، بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين في عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك في التقسيط وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رسميا بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء " (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١) وبأنه " متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال فيلم في الخارج لقاء مبلغ معين - ٧٥٠٠ جنيه - بدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا ١٠٠٠ جنيه - وتعهد بدفع جزء آخر - ٣٠٠ جنيه - في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولا حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأن يتم إرسال الفيلم الى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد - أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه على غير الوجه المتفق عليه - أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه - إذا أكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه - يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هى في حبس التزامها بالتسليم فلا يتأثر بقبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه ، وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا الى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعنة هى التي تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه في الوفاء بما تعهد بدفعه في ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطئا في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤) وبأنه " خولت المادة ١٦١ من القانون المدني للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وهذا الحق - ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزامات فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد الى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه " (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠١٨)

وبأنه ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين بغير ترخيص من القضاء وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدني للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هى إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظا فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المستأجر بالتنفيذ العيني - بإزالة أعمال التعرض من المؤجر - على نفقته أو على نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلا على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ - بالامتناع عن الوفاء بالأجرة - فإنه يكون قد آخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التدليل من الحكم فاسدا ومنطويا على مخالفة للقانون (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠١٨) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن مورث الطاعنين قد أخل بالتزامه عمدا وقصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا فإنه لا يقبل من الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو والذي أصر على عدم الوفاء به" (الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ س٩ ص٧٠٣) وبأنه " المادة ١٦ من القانون المدني خولت للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم له - وهذا الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما تقف عن تنفيذه من التزامات فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد الى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقطع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه من الاعتداء نظرة عن المنازعة فيه " (نقض مدني ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص١٠١٨) وبأنه إن للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يوفى إليه الثمن السابق له دفعه تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفع إليه من الثمن فمادام هذا الأخير لم يقم بالتزامه بالرد كان للمشتري أن يحبس العين ويمتنع عن تسليمها " (نقض مدني ١٩٥١/١/٤ سنة ٢ ص٢٢٤) وبأنه " إذا تمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفيذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالا مشروعا ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسلكه هذا دليلا على التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ فإن دلل الحكم المطعون فيه على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأنه لم يستجب لرغبة المؤجر في إخلاء مسكنه وأصر على البقاء وتنفيذ العقد فإن هذا التدليل يكون فاسدا منطويا على مخالفة القانون " (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠١٨) وبأنه " شرط الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي دفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا . فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع (الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٣ س١٧ ص٥٠٤) وبأنه " لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبدء في التنفيذ أن يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه " (الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ س١٢٧٩).

كما قضت بأنه إذا نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني على أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " ن فقد وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تتناهى ، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا الى حقه في الحبس مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ، ومن ثم فإن حق الحبس دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان ، وشرطه أن يتوافر الارتباط بين الدينين ، ولما كان ذلك وكان الدفع المبدي من الطاعن بحبس أرض النزاع يرتبط بما عاد على المحجور عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، وهو ما يلتزم المحجور عليه برده من الثمن الذي قبضه ، بحيث يمتنع على المحكمة إجابة طلب التسليم قبل تحقيقه ، فإن المحكمة إذ حكمت بالتسليم دون بحث قيمة ما عاد على البائع – المحجور عليه – من فائدة لتحديد قيمة ما يحكم برده ، بحجة أن نطاق هذه الدعوى لا يتسع لبحثه ، تكون قد أهدرت ما للطاعن من حق في الدفع بحبس العين بما يعيب حكمها بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب " (١٩٧٩/١٢/١١ في الطعن ٧٥٥ لسنة ٤٥ق) وبأنه : مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن المشرع لا يكتفي في تقدير حق الحبس بوجود دينين متقابلين ، وإنما يشترط أيضا قيام الارتباط بينهما ، وفي الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها عن ذات هذا الشيء . أما المصروفات التي لا تتفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع إليه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات فإذا كان الدين الذي اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق في حبس السيارة حتى يستوفيه بتمثل في قيمة أجرى السائق التي قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل في نطاق المصروفات التي تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها " (١٩٦٣/٦/٢٧ – ١٤ – ٩٥٦) وبأنه " أجاز المشرع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي تهدده ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضي الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله " (١٩٧٩/٥/٣١ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٤٦ق) وبأنه " متى كان الثابت أن الطاعن تمسك ف دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه إزاء ذلك أن يوقف تنفيذ التزامه بباقي الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ في القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص في العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " (١٩٧٥/٤/٢٨ – ٢٦ – ٨٤٠) وبأنه الأجرة مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة فإذا تعرض المؤجر للمستأجر وحال بذلك دون انتفاعه بهذه العين فللمستأجر أن يحبس عنه الأجرة عن مدة التعرض " (١٩٦٧/١٠/٢٦ – ١٨ – ١٥٧٢)

وبأنه إذا قام دفاع الطاعن على أن الأدلة المسلمة إليه موجودة ولم تبدد وأنه طلب أولاً مهلة لاستكمال إصلاحها ثم أبدى بعد ذلك استعداده لتسليمها للشركة المجني عليها بعد أن يتقاضى باقي أجره المتفق عليه لإصلاحها ، وإذا كان حق الحبس المقرر بمقتضى المادة ٢٤٦ من القانون المدني يبيح للطاعن الامتناع عن رد الشيء (الآلة موضوع الجريمة) حتى يستوفي ما هو مستحق له من أجر إصلاحه وهو ما من شأنه - إن صح وحسنت نيته - انعدام مسئوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل تحقيق دفاع جوهري من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى - ولم يستظهر مدى جديته ولم يرد عليه بما يدفعه واجتزأ في إدانته بمجرد القول بأنه تسلم الآلة لإصلاحها ثم لم يردها يكون معيبا بالقصور بما يبطله ويوجب نقضه والإحالة " (١٩٧٣/١٠/١٥ س٢٣ ص١٠٦٧) وبأنه يبيح حق الحبس المقرر بمقتضى أحكام المادة ٢٤٦ من القانون المدني للطاعن الامتناع عن رد الشيء (المذياع موضوع جريمة التبدي المنسوبة إليه) حتى يستوفي ما هو مستحق له من أجر إصلاحه وهو ما من شأنه - إن صح وحسنت نية الطاعن - انعدام مسئوليته الجنائية بالتطبيق لأحكام المادة ٦٠ من قانون العقوبات ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل تحقيق دفاع الطاعن في هذا الصدد واجتزأ في إدانته بمجرد القول تسلم المذياع لإصلاحه ثم لم يرده ، يكون قاصرا عن بيان أركان جريمة التبديد ، لأن مجرد الامتناع عن رد المذياع أو التأخير في رده مع ما أبداه الطاعن لذلك لا يكفي لاعتباره مبدد والقول بقيام القصد الجنائي لديه ، وهو انصراف نيته الى إضافة المذياع الى ملكه واختلاسه لنفسه إضرارا بمالكته " (١٩٦٧/٥/٨ س١٨ ص٦٢٧) وبأنه " مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين لا يخول المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع فإن القانون إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها قد ألزمه بدفع الثمن " (١٩٤٢/٥/٢٨ - ١١٧ - ٢٦٤) وبأنه " إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس أطيان التركة موضوع النزاع حتى تتم تصفية التركة أو حتى يستوفي ما دفعه عن المطعون ضده من الديون فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (١٩٦٩/١/٢٣ - ٢٠ - ١٥٥) وبأنه " متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بحقه في حبس ريع الأرض محل النزاع حتى يستوفي المصروفات التي أنفقها في إصلاحها فإن دفاعه القائم على حقه في حبس الريع يكون سببا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع يجب عرضه على محكمة الموضوع " (١٩٦٧/٣/٢٣ - ١٨ - ٤٩٥) وبأنه " مجادلة الطاعنة في جدية الأسباب التي تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه قضاءه في ذلك على أسباب سائغة ولها سندها في الأوراق وتكفي لحمله " (١٩٧٥/١٢/١٠ - ٢٦ - ١٦٠٦) وبأنه إن حق الحائز في حبس العقار - مقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني من أن لكال من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ومن ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لا يسري على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائز الحق في حبس العين لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطي لجائز الشيء الحق في التتبع والتقدم (١٩٧٨/٣/٣٠ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ق)

وبأنه إن استعمال الناقل حقه في حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها في فترة احتباسها بل عليه أن يبذل في حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتد ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه وهو ما تقضي به المادتان ٢٤٧ ، ١١٠٣ من القانون المدني " (١٩٦٦/١٢/١٥ - ١٧ - ١٩٢٦) وبأنه مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له يستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها إذ أعطى القانون بهذا النص الحق في الحبس للحائز مطلقا ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتسليم ، دون أن يرد على دفاع الطاعنة - البائعة - من أن من حقها أن تحبس العين المبيعة تحت يدها حتى تستوفى من المطعون ضدها - الوارثة للمشتري - ما هو مستحق لها من تعويض عن البناء الذي أقامته فيها بعد البيع - وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى ، فإنه يكون معيبا بالخطأ في القانون والقصور في التسبيب " (١٩٧٣/١٢/١٨ - ٢٤ - ١٢٨٧) وبأنه للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ عق البيع الصادر له عنها حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تسلمه من الثمن إلا أن حق المشتري في الحبس نقضي بوفاء البائع بالتزامه " (١٩٦٨/٦/٢٧ - ١٩ - ١٢٢٩) وبأنه " مجال إثارة الدفع بع دم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره وإذن فمتى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى فأظهر الأخير رغبته في أخذه هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير في دعوى الشفعة ، كما دفع مبلغا من المال الى المدعى عليه وذلك في مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين كما ورد في الاتفاق أن المدعى قد تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون مع ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقة لمنفعة العقارين المتجاورين وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المبلغ والتنازل عن طلب الشفعة ، هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة وأنه كان على المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه وأنه لا يجوز له التحدي بقيام المدعى بالبناء في الأرض التي تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التي رتبها العاقدان ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث في الإخلال به لأن محله هو التداعي استقلالا ، وكان هذا الذي استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتفيده عباراته فإنه يكون في غير تذرع المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ في مقام الرد على دعوى المدعى إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية " (١٩٥٥/٤/١٤ - ٦ - ٩٦٩) وبأنه وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصا عن واجبات الحابس في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهري قياسا على القاعدة المقررة في رهن الحيازة ... لاتحاد العلة في الحالتين وهو ما صرح به القانون الجديد في المادة ٢/٢٤٧ من التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة في المادة ١١٠٣ والتي تقضي بإلزام المرتهن بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الرجل المعتاد وأنه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون القانون المدني الجديد إذ أورد نص المادة ٢٤٧ إنما قنن في خصوص التزامات الحابس أحكام القانون المدني القديم ولم يستحدث جديدا ، وإذن فمتى كانت البضائع المحبوسة لدى مصلحة الجمارك حتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقدت بأنها تكون مسئولة عن فقدها ما لم تثبت أن الفقد كان لسبب قهري.

وقضت كذلك بأنه إذا تناول الحكم ما عرض له المتهم في دفاعه بشأن حق حبس السيارة حتى يقبض أجر إصلاحها ورد عليه في قوله " أنه لا يقبل منه مثل هذا الدفاع إلا إذا كانت السيارة قد أصلحت فعلا ولم يبدد أى جزء منها ، فإنه بذلك يكون قد ورد على دفاع المتهم بما يدحضه بالأسباب السائغة التي أوردها " (١٩٥٩/٥/١٨ – ١٠ – ٥٤٢) وبأنه إن كان للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها يوفى إليه الثمن السابق له دفعه تأسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن فمادام هذا الأخير لم يقم بالتزامه بالرد كان له أن يمتنع عن التسليم وأن يحبس العين ، لكن ذلك لا يترتب عليه الحق في تملك المشتري ثمار المبيع بعد أن أصحبت من حق مالك العين بحكم الفسخ ... ولا يحول دون رد هذه الثمار لمالك العين ثبوت الحق له في حبسها لأن هذا الحق إنما قرر له ضمانا لوفاء البائع بما قضى عليه بدفعه إليه نتيجة فسخ البيع وليس من شأن هذا الحق تمليك المشتري ثمار العين المبيعة بل يجب عليه تقديم حساب عنها للمالك (١٩٥١/١/١٤ – ١٥٢ – ٨٥٧) وبأنه متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذي كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة إليه ويعود الالتزام بالتسليم في ذمة الناقل وفقا لأحكام عقد النقل فيلتزم بتسليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه إذ لا يترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بالتسليم حتى يفى المرسل إليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل ولا يغير من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب في حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره في الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخول للناقل أن يستعمل ، حقه في الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير في الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف في فترة احتباسها ، وللحابس إن خشى على الشيء المحبوس من الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه طبقا لنص المادة ١١١٩ من القانون المدني وينتقل حينئذ الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه " (١٩٦٦/١٢/١٥ – ١٧ – ١٩٢٦) وبأنه إن حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ومتى تم هذا التنازل فإنه لا يجوز عنه بعد ذلك (١٩٦٨/٥/١٦ – ١٩ – ٩٦٢) وبأنه إن المؤجر يلتزم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بأن يمتنع عن كل من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أم يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع ، فإذا أخل المؤجر بهذا الالتزام جاز للمستأجر أن يطلب التنفيذ العيني بمنع التعرض أو فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في جميع الأحوال إن كان له مق تضى ويجوز للمستأجر لدفع المؤجر الى التنفيذ العيني أن يحبس الأجرة عنه الى أن يقوم بوقف تعرضه وذلك تطبيقا لعدم تنفيذ العقد عملا بالمادتين ١٦١ ، ٢٤٦ من القانون المدني وهو أمر لا يحول دون أن يستعمل المستأجر حقه في طلب إنقاص الأجر بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين المؤجرة حسبما تقضي به المادتان ١/٥٦٥ ، ١/٥٧١ من القانون المذكور على ما سلف بيانه ومن ثم فلا محل لما يثيره الطاعنان المؤجران من أن قضاء الحكم المطعون فيه بإنقاص أجرة الأعيان المؤجرة لحرمان المستأجر من استعمال المصاعد في النزول يخالف حجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة الذي اقتصر على تخويل المطعون عليه ما يدعيه الطاعنان من أن وفاء المستأجر بالأجرة كاملة ، عن المدة التي تنتهي في ١٩٦١/١٢/٣١ مؤداه أنه لا يتمسك بالحق في الحبس أو الدفع بعد التنفيذ ، مردود بأن هذا الوفاء عن مدة سابقة على المدة موضوع الدعوى ، هذا الى أنه ليس من شأنه يفرض حصوله أن يمنع من القضاء بإنقاص الأجرة المستحقة بنسبة نقص الانتفاع بالعين المؤجرة . لما كان ذلك ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس " (١٩٧٥/٤/٨ – ١٦ – ٧٦٦)

وبأنه التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها " (١٩٥٣/٤/٩ - ٢٥ - ٣٩٥٠) وبأنه " في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترط ساقط الخيار " (١٩٧٥/١٢/١٠ - ٢٦ -١٦٠٦)

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ رغم أنه لا يلزم أن ترفع دعوى بتقريره أو إقراراه بل يجوز التمسك به خارج القضاء ، أو كدفع في الدعوى التي ترفع على صاحبه من الطرف الآخر ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يرفع صاحبه دعوى بتقريره أو إقراره (حجازي بند ٥١٧) ولا يجوز أن يتمسك به إلا من كان طرفا في العقد الناشئ عنه الالتزام أو خلفه العام أو خلفه الخاص ... ومن جهة أخرى لا يجوز الاحتجاج به قبل من لم يكن طرفا في هذا العقد (أو خلفه العام أو خلفه الخاص) أو من لا يستند الى هذا العقد (حجازي بند ٥٥٦) ويقع على عاتق من يتمسك بالدفع عبء إثبات عناصره ، ولكن يكفيه في هذا الصدد أن يثبت العقد الناشئ عن الالتزامان المتقابلات باعتباره الواقعة المنشئة لحقه في الدفع ، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات على الطرف الآخر لإثبات وفائه بالالتزام المقابل الذي يستند صاحب الدفع على عدم تنفيذه ... ومن البديهي أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يعدو أن يكون دفاعا موضوعيا في الدعوى التي ترفع عليه ومن ثم يجوز إبداؤه في أى وقت ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . غير أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفاع يخالطه واقع .. (يراجع في ذلك حجازي في البنود ٥١٧ ، ٥٥١ : ٥٥٩)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " خولت المادة ١٦١ من القانون المدني للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق - وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ... ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعماله هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد الى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه " (١٩٦٥/١١/١١ - م نقض م - ١٦ - ١٠١٨) وبأنه إذا كان الدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم للجانبين مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي الاتفاق ذاتيهما أو بين أحدهما وبين الخلف العام أو الخاص للآخر وكان الطاعنون - مشترو العين - لا يعتبرون من قبيل الخلف العام أو الخاص للمستأجر السابقة ، فإنه ليس لهم حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ طالما ليس هناك حلول قانوني " (١٩٧٨/٤/١٢ الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ق)

وبأنه لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئا لذمة هذا المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن – وهو مشتر ثان – الطعن على الحكم المطعون عليه في هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه " (١٩٦٧/١٢/٢٨ – م نقض م – ١٨ – ١٩٣٢) وبأنه " وإن كان للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني ، إلا أن هذا الحق لا يحرمه – إن كان دائنا للمتعاقد الآخر – من استصدار أمر من القاضي المختص بتوقيع الحجز التحفظي تحت يد نفسه على ما يكون مدينا به لمدينه إعمالا لنص المادتين ٣١٦ ، ٣٤٩ من قانون المرافعات وتقدير مدى تحقق وجود هذا الدين وتوافر الخشية من فقد الدائن لضمان حقه أمر متروك لسلطة محكمة الموضوع التقديرية بعيدا عن رقابة محكمة النقض (١٩٧٩/٦/٢٥ في الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٤٥)

استعمال الدفع بعدم التنفيذ وكيفية ذلك :

١- لا يشترط للتمسك بهذا الدفع ضرورة الإعذار ، لأن استعمال الدفع تنفي معنى الإعذار لأنه يعني أن المتمسك بالدفع ممتنع عن تنفيذ التزامه ، وفي ذلك إعذار كاف للمتعاقد الآخر بضرورة المبادرة بتنفيذ التزامه المقابل .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفي بالتزامه من غير حاجة الى تنبيه رسمي أو الى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر (١٩٣٩/١٢/٢١ – م ق م – ١١١ – ٨٤٩)

٢- إذا حدث وتمسك كل من طرفي العقد بالدفع وامتنعا عن تنفيذ التزاماتهما حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ ابتداء من ناحيته . عندئذ يجب اللجوء الى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع له . وعندئذ يتم تنفيذ الالتزامين في آن واحد . (مبادئ الالتزام للأستاذ الدكتور رمضان أبو السعود د١٩٧٧ ص٣٢٥)

٣- ليس هناك حاجة الى الالتجاء الى القضاء للتمسك بالدفع . فأمر الدفع موكول لتقدير القاضي .

وفي هذا يختلف عن الحق في الفسخ ، حيث يخضع للسلطة التقديرية للقضاء .

إلا أن الأمر يقتضي الالتجاء الى القضاء في حالة إنكار أحد الطرفين على الآخر موقفه في التمسك بالدفع كأن يدعى مثلا أنه من جانبه قد نفذ التزامه كاملا أو نفذ معظمه ، وعندئذ يقدر القاضي موقف المتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره .

يسقط الحق في الدفع بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا :

يتحقق التنازل الضمني بقبول الوفاء الناقص أو المعيب قبولا غير مشروط (حجازي بند ٥١٨) ولكن محكمة النقض ترى أن قبول الوفاء الجزئي لا يسقط الحق في التمسك بالدفع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم له ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده

ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشترط ساقط الخيار " (١٩٧٥/١٢/١٠ - م نقض م - ٢٦ - ١٦٠٦) وبأنه عقد توريد الأقطان عقد ملزم للجانبين وينبني على ذلك أنه إذا استرد المشتري ما دفعه من الثمن حق للمتعهد بالتوريد أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه المقابل وهو توريد القطن إعمالا للمادة ١٦١ من القانون المدني وبذلك يكون العقد قد فسخ بفعل المشتري ولا يغير من هذا النظر أن يكون المطعون عليه الأول (المتعهد بالتوريد) قد عرض استعداده لتوريد الأقطان باسمه وباعتباره مالكا لها لأن هذا العرض لا يعد عدولا أو تنازلا عن التمسك بالفسخ " (١٩١٦١/٤/٦ - م نقض م - ١٢ - ٣٥٣) وبأنه " متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال فيلم في الخارج لقاء مبلغ معين ٧٥٠٠ جنيه يدفعه المطعون عليه دفع منه وقت العقد جزءا ١٠٠٠ جنيه وتعهد بدفع جزء آخر ٢٠٠٠ جنيه في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولاً حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا وباقي المبلغ بدفع عند تسليم الفيلم في الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد - أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه - وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة رغما من قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل إذ ليس من شأن التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه إذا أكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه ... أما حقها هى في حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه .. وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا الى فسخ العقد - تأسيسا على أن الطاعنة هى التي تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه في الوفاء بما تعهد بدفعه في ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه إثارة لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطأ في تطبيق القانون "

أثر الدفع بعدم التنفيذ :

ولا يؤدي الدفع بعدم التنفيذ إلى زوال الالتزام ، وذلك على خلاف الأمر في الفسخ ، أى هو يؤدي فقط إلى وقف التنفيذ ، فأثر الدفع بعدم التنفيذ هو إذن أثر موقفي ، إذ العقد من الضغط على إدارة طالب التنفيذ حتى يقوم هو بتنفيذ التزامه ، فإذا استمر هذا في عدم تنفيذ الالتزام ، كان لابد من الخروج من هذا الموقف عن طريق حل العقد بطريق الاتفاق أو طريق الفسخ القضائي .

ويظل الالتزام الموقوف ثم هو في مقداره دور نقص . هذا إذا كان الالتزام من الالتزامات الفورية . أما إذا كان من الالتزامات المستمرة التنفيذ فإنه يترتب على الوقف نقص جزئي في تنفيذ الالتزام بقدر المدة التي يقضي فيها هذا التنفيذ ، ولا يمتد العقد بعد ذلك مدة تعادل المدة التي وقف فيها . (مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي ط١٩٧٧ ص٥٢٢).

الظـــروف الطارئـــة وأثـرهـــا فـى تنفيـذ العقـد:

الأصل أنه لا يجوز للقاضى تعديل العقد بإعتبار أن العقد قانون المتعاقدين فلا يملك غيرهم تعديله ، إلا أن المشرع أجاز للقاضى على سبيل الاستثناء أن يحل إرادة المتعاقدين الاجراء تعديل فى العقد إذا ما توافرت الشروط اللازمة لتطبيق الظروف الطارئة . (أنور طلبه جزء ٣)

فتنص المادة ١٤٧ مدنى على أنه " ١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا بتفاق الطرفين او للاسباب التى يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

والعقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقدين بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا والاصل انه لا يجوز لاحد طرفى التعاقد ان يستقل ينقضه او تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضى لانه يتولى انشاء العقود عن عاقديها وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء المتعاقدين فلا يحوز اذن نقض العقد او تعديله الا بتراضى عاقديه – ويكون هذا التراضى بمثابة تعاقد جديد او بسبب من الاسباب المقررة فى القانون كما هو الشأن فى أسباب الرجوع فى الهبة " ، كما جاء بها عن الفقرة الثانية " ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة حديثة النشأة أسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون ان تكون صورة منها الاهمية بمكان ان تستبين وجوه التفرقه بين النظريتين فالطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم ولكنه يفترق عنها فى اثره فى تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيل بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون ان يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فاروق اخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تقضى الى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة اما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه الا انقاص الالتزام الى الحد المعقول وبذلك يتقاسم الدائن والمدن تبعته .. بقيت بعد ذلك نظرت ثلاث ..فيلاحظ ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) او كان لاحقا له (وهو فى حالة الحاد غير المتوقع) لا يعدم اثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالتزام فقد يكون سببا فى بطلانه او فى انتقاض على الاقل ، ويلاحظ من ناحية اخرى ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التعويض .. وفى لجنة المراجعة ورد عنها ان اللجنة اضافت كلمة " عامة " بعد عبارة " حوادث استثنائية ، وان المراد من ذلك ان الحوادث الاستثنائية ينبغى الا تكون خاصة بالمدين بل يجب ان تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الارض او غارة غير منتظرة للجراد او انتشار وباء " وفى لجنة القانون بمجلس الشيوخ اجاب مندوب الحكومة على اسئلة اعضائها بان " انتشار الدودة لا يعتبر حادث استثنائيا عاما لانه خطر مصدره الاهمال ويمكن دفعه فضلا عن انه خطر متوقع ولكن غارة الجراد خطر غير متوقع وينطبق عليه النص " وبان النص " اغفل النمر على حسن النية .. لانه خاضع لتقدير القاضى للظروف " وان استعمال القاضى للرخمة التى خولتها اياه المادة " خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح هذا الاستعمال .(الأعمال التحضيرية للقانون) .

إن اطلاق النص الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ يوحى بان تطبيق النظرية يشمل جميع انواع العقود ، غير ان اشتراط عدم توقع الحادث الاستثنائى - وهو الاصل الذى تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة والمتلازم مع طبيعتها - يوجب استبعاد تطبيقها على العقود الاحتمالية فهذه العقود تقوم على احتمال الخسارة والكسب ولا يستطيع فيها كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد ، وهى لا تحدد الا فيما بعد ، تبعا لوقوع امر محقق ، كعقود التامين وعقود المضاربة وكبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمنجزاف ، لذلك لا يسمع فيها ادعاء الغبن كما لا يسمع فيها ادعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع ، لان الاساسى الذى بنيت عليه ، هو غبن احتمالى وخسارة متوقعة يتحملها احد العاقدين ، ويقول راى بعدم جواز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية وعود المضاربة حين الاخذ بها ، غير انه اذا امكن دفع الاحتمال او انتفى عنصر المجازفة فى العقد ، فينقلب الى عقد محدد ، وتسرى عليه احكام الغبن ، كما تسرى عليه نظرية الظروف الطارئة ، وتقدير ذلك مسالة موضوعية يعود تقديرها الى القاضى ، على انه قد بدت فى الفقه والاجتهاد ، عند تطبيق المادة ١٤٧ اتجاهات تعاكس هذا الراى ، استنادا الى عمومية النص ، توجب تطبيق النظرية على جميع العقود ، بما فيها العقود الاحتمالية ولا تسمح باستثناء هذه العقود ومع ان الاتجاه ما زال محدودا ويعد خاطئا لان الامر لا يتصل بعموم النص واطلاقه حتى يصح القول بسريان النظرية على كل العقود ، بما فيها العقود الاحتمالية ، وانما يتعلق بطبيعة العقد المرتبط بالاساس الذى تقوم عليه النظرية ، وهو ان لا يكون فى الوسع توقع الارهاق ، فإذا لم يوجد هذا العنصر فى العقد فقدت النظرية الاساس القانونى الذى تقوم عليه فلا تطبق النظرية على هذا العقد ، وهذا العنصر مفقود فى العقود الاحتمالية بحكم طبيعتها ، فلذلك تخرج عن نطاق نظرية الظروف الطارئة .

أما عن عامل المدة بالنسبة للعقود التى تنطبق عليها النظرية :

إذا تقرر بأن تطبيق النظرية ينحصر فى العقود المحددة التى تتعين فيها الالتزامات المتقابلة عند تكوين العقد ، فإن هذه العقود تختلف من حيث زمن تنفيذها ، فمنها ما يكون تنفيذه فوريا لا يحتاج الى زمن ومنها ما يكون تنفيذه متعاقبا او متراخيا يحتاج الى زمن يستمر فيه تنفيذ العقد او يتعاقب خلاله .

فهل يتقيد تطبيق النظرية بالعقود المتتابعة التى تحتم طبيعتها تأجيل التنفيذ ، وهى التى تسمى بعقود المدة ، او يشمل العقود التى لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها ؟

ليس من خلاف فى الفقه والاجتهاد فى تطبيق النظرية على عقود المدة وانما يقوم الخلاف فى امتداد تطبيقها على العقود التى لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها ، كالعقود الفورية التى لم تنفذ او التى تاجل تنفيذها باتفاق الطرفين ، فهناك من يرى ان النظرية لا يمكن تطبيقها على هذه العقود وانما ينحصر تطبيقها على عقود المدة ، اى على العقود المستمرة التنفيذ او الدورية التى يتعاقب تنفيذها ، واخرون يرون ان النظرية تطبق على جميع العقود التى لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها ، سواء ما كان منها مستمرا او دوريا فوريا مؤجل التنفيذ .

ورغم هذا الخلاف الا ان الراى الراجح فى هذا الموضوع هو ان اطلاق نص المادة ١٤٧ على (الالتزام التعاقدى) يقضى بسريان نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود المحددة دون استثناء ، وان الاساس الذى بنيت عليه ، وهو طروء حادث استثنائى غير متوقع ، يقضى بتطبيقها على كل عقد لم ينفذ ، وان الغاية التى شرعت من اجلها ، وهى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، تقضى بتسوية الجزاء المترتب من تطبيقها على جميع العقود التى تتوفر فيها شروط النظرية وعناصرها .

وهذا هو الرأى الذى أجمع عليه الفقه فى الحالة الراهنة من تطبيق النظرية ، وهو الذى أجمع عليه القضاء ايضا فقد قضت محكمة النقض بأنه " من حيث ان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى تنص على انه ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

ويتبين من هذا النص أن المشرع باطلاقه التعبير بالالتزام التعاقدى ، لم يخصص منه نوعا بعينه ، بل أورد النص بصيغة مطلقة تتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن ، يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع ، يؤدى الى جعل الالتزام مرهقا للمدين ارهاقا يجاوز حد السعة ، ومن ثم فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى ، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، وذلك لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين ، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه ، نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرات خلال هذه الفترة ، وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير

التمسك بالظروف الطارئة :

غالبا ما يتم التمسك بالظروف الطارئة عن طريق الدفع ، يثيره المدين عن رجوع الدائن عليه بتنفيذ الالتزام وبالتعويض ايضا ، ولكن لا يوجد ما يحول دون التمسك بها عن طريق الدعوى المبتدأة يرفعها المدين على الدائن طالبا رد التزامه الى الحد المعقول ، وفى كلتا الحالتين يتحمل المدين عبء اثبات الظروف الطارئة والشروط اللازمة لتطبيقها ، فان كان دافعا ، تتحمل باثبات دفعه ، وان كان مدعيا تحمل باثبات دفعة ، وان كان مدعيا تحمل باثبات دعواه ، ويكون الاثبات بكافة الطرق المقررة قانونا لانه يرد على واقعة ادية مفاد ذلك ان المحكمة لا تطبق نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسها وانما بموجب طلب من المدين ، ولكن يقع الاتفاق على عدم خضوع التزام المدين لهذه النظرية باطلا بطلانا مطلقا طالما تم ذلك قبل توافر شروطها ، اما بعدها فيجوز التنازل عن تطبيقها .

وقضت محكمة النقض بأنه لما كان الحكم قد أخذ بنظريقة الظروف الطارئة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ، وانتهى من ذلك الى تقرير ذات التخفيض تأسيسا على ان تطبيق هذه النظرية من النظام العام ، فى حين ان النص فى الشطر الاخير من المادة المشار اليها على ان يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " يدل على بطلان الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق هذه النظرية اما بعد وقوع الحادث الطارئ ، حيث تنتفى مظنة الضغط على المدين المرهق ، فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق ، مما مؤداه الا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب ، لما كان ذلك وكان البين من اوراق الطعن ان المطعون ضده الاول لم يتمسك هذه النظرية ولم يؤسس دعواه عليها فان الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القلانون واخطأ فى تطبيقه وشابه قصور فى التسبيب يوجب نقض ١٩٨٤/١/٩ طعن ٢٦٩ س٤٩ق . وبأنه واذا لم يطلب الطاعن (المشترى) امام محكمة الموضوع تطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يجوز له ابداء هذا الطلب لاول مرة امام محكمة النقض . نقض ١٩٦٨/٧/٣ طعن ١٧٠س٣٤ق . وبأنه وان ادعاء البائع بأن عدم ترخيص الحجر الزراعى بشحن البضاعة يعد حادثا طارئا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، هو دفاع يخالطه واقع واذ لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ، فلا يجوز ابداءه لاول مرة امام محكمة النقض .(نقض ١٩٧٤/١٢/٣ س٢٥ ص١٣١٥).

شروط التمسك بالظروف الطارئة :

يشترط التمسك بالظروف الطارئة توافر اربعة شروط اولهما ان يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه متراخى التنفيذ ، وثانيها ان تجد بعد ابرام العقد وقبل حلول اجل التنفيذ حوادث استثنائية عامة ، وثالثها ان تكون هذه الحوادث ليس فى الوسع توقعها ، ورابعها الن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا ولكن ليس مستحيلا . (السنهورى بند ٤٠)

..... وسنعرض لهذه الشروط بشئ من التفصيل على النحو التالى :

أولا : أن يكون العقد متراخى التنفيذ :

والعقود المتراخية التنفيذ تتصدرها العقود الزمنية او عود المدة وهى العقود التى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها سواء كانت من العقود ذات التنفيذ المستمر كعقد الايجار او من العقود ذات التنفيذ الدورى كعقد التوريد او عقد العمل (يراجع فى هذه العقود الدكتور عبد الحى حجازى فى رسالته عن نظرية عقد المدة) .. كما تشمل العقود المتراخية التنفيذ العقود الفورية مادام تنفيذها متراخيا بالاتفاق الى اجل او اجال متتابعة كعقد البيع اذا اتفق فيه على تاجيل الثمن او تقسيطة وسواء كان التأجيل اجباريا ام اختياريا ، بل انه يمكن اعمال النظرية فى شان العقود الفورية غير المؤجلة التنفيذ اذا ما طرأ الحادث فور ابرامها ، غير انه لا مجال لاعمالها بالنسبة " للعقود الاحتمالية وهى العود التى لا يستطيع كل من المتعاقدين فيها ان يحدد وقت ابرام العقد القدر الذى اخذ والقدر الذى اعطى لان تحديد ذلك مرهون بحدوث امر مستقبل غير محقق ، او غير معروف وقت حصوله ، كالبيع بثمن هو مرتب مدى الخياة (راجع فى هذا العقود السنهورى بند ٦٣٠) فاذا كان العقد متراخى التنفيذ على النحو السالف فانه لا يلزم ان تكون الالتزامات المتبادلة متراخية بالتقابل الى ما بعد الحادث الطارئ ، وانما يكفى ان يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه ولكن يشترط الا يكون تراخى تنفيذ التزام المدين راجعا الى خطأه

وقد قضت محكمة النقض بأنه تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على انه اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .. واذ تبين من هذا النص ان المشرع قد اطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون ان يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وانما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية او مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ على انه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة الا بيكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا الى خطأ المدين اذا لا يجوز له ان يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره كما ان هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر اذ انها تعرض بطبيعتها – العاقدين لاحتمال كسب كبير او خسارة فادحة " (١٩٦٣/١/٣ – م نقض م – ١٤ – ٣٧- وبنفس المعنى ١٩٦٥/٢/١٨ – م نقض م ١٦- ١٩- ونقض ١٩٢/١٢/٣٠ – م نقض م – ١٢- ١١٧٤)

وبأن لا ينال من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة على عقود البيع التى يكون فيها الثمن كله او بعضه مؤجلا القول بان ارجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشترى فلا ينبغى ان يضار به البائع ذلك ان الاجل شرط من شروط التعاقد على الصفقه اصلا لولاه لما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه فلا يعتبر والحال كذلك تاجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع . (١٩٦٣/١/٣ م نقض م - ١٤ - ٣٧) ، وبأن مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ان نظرية الظروف الطارئة انما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ ، او على الجانب الذى لم يتم تنفيذه منه ، اما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ ، فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لاحكام الظروف الطارئة ، كما ان للقاضى متى توفرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لا برفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده ولكن يحد من فداحة الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول ذلك بتحميل المدين الخسارة المالوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ا يزيد على ذلك من خسارة غير مالوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما " . (١٩٧٥/٦/٩ - م نقض م - ٣٦- ١١٦٣) .

كما قضت بأنه " إذ نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن فى الوسع توقعها وترتب على للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى .. ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، فقد دلت على انها تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذى يرتبه فان كان الالتزام قد نفذ فانه ينقضى وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوداث الطارئة المنصوص عليها فى المادة المذكورة لانها انما ترد على التزام قائم لم ينقذ بعد " (١٩٦٢/١٢/٢٠ - م نقض م - ١٣- ١١٩٧) وبأنه " تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن فى الوسع توقيعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " ومناط تطبيق هذا النص ان يكون الالتزام الذى ححل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وان تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ .. اما اذا كان الالتزام الاصلى قد تغير فانه يمتنع تطبيقه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ان تغير المواصفات الخاصة بنسبة الدسم والمواد الصلبة فى الالبان نتيجة القرار الوزاري الصادر فى هذا الشأن بان إبرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه فانه لا يكون قد خالف القانون او شابه القصور " (١٩٦١/٥/١١ - م نقض م - ١٢ - ٤٦٦) .

كما قضت بأنه " لا يشترط - فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى - ان تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارئ ، بل يكفى وجود التزام على احد العاقدين متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين دون ما اعتبار يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه او كان تنفيذه متراخيا كذلك " (١٩٦٣/٣/٢١ - م نقض م - ١٤- ٣٤٧) " فى حالة اعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى الا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى له قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة

اما باقى الاقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا لزوال اثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شان الاقساط في ذلك شان الاداءات في عقود المدة من حيث التأثر الظروف الطارئة ، كما انه لا جوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الاقساط التي تكون د حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك انه يشترط لتطبيق النظرية الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا الى خطأ المدين " (١٩٦٤/٣/١٦ – م نقض م -١٥ – ٤٠٩) " اقتصر القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٢ على تنظيم العلاق فيها بين البائع والمشترى على وجه معين عن طريق تجديد ما يجب اداؤه من نفس بيان التى خضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير بشنها .. اما ما لم يخضع لهذا الاستيلاء من الصفقه المبيعة فان المشرع ترك تنظيم علاقة الطرفين بشنه لأحكام القانون المدنى ومن بينها حكم الظروف الطارئة الواردة فى المادة ٢/١٤٧ منه " (١٩٦٤/٤/٣٠ – م نقض م – ١٥- ٥٩٣) . وبانه اذا كان الحكم قد اقام قضاءه برفض اعمال نظرية الحوادث الطارئة على ان عقود بيع القطن الاجلة " الكونتراتات" تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وانه لذلك يتعين على المتعاقد ان يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التى قد تؤثر فى التزامه سواء كانت متوقعة او غير متوقعة فانه لا يكون قد خالف صحيح القانون ويحمل الرد على ما اثاره الطاعن من بطلان العقد لانطوائه على مقامرة ذلك انه مادام العقد بطبيعته من شأنه ان يعرض احد المتعاقدين لخسارة جسيمة او مكسب كبير فانه لا يجوز ابطاله لمجرد انطوائه على المقامرة او المضاربة كما لا يجوز اعمال نظرية الحوادث الطارئة فى شأنه لان المتعاقد يعلم سلفا انه تعاقد بعقد احتمالى مبناه فكرة المخاطرة " (١٩٦٦/٢/١٥ – م نقض م – ١٧ –٢٨٧) .

ثانيا : أن يقع بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام :

ويقصد بالحادث الاستثنائي ، الحادث غير المألوف نادر الوقوع ، كزلزال او حرب او اضراب مفاجئ او وباء او وصول اسراب جراد او فرض تسعير جبرى او الغائه او شرق للحقول غير مألوف او ارتفاع باهظ فى الاسعار او هبوط فاحش فيها

لم ينص المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى على ان يكون الحادث الاستثنائى عاما ، مقتديا فى ذلك بالقانون البولنى والايطالى ، غير أن لجنة المراجعة اضافت شرط العموم ، " لكى لا تكون الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين ، بل شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان ال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الارض ، او غار غير منتظرة للجراد او انتشار وباء "

والمقصود بالعموم ، هو ان لا يكون الحادث الاستثنائى خاصا بالمدين ، ولا يشترط فيه ان يع جميع البلاد بل يكفى ان يشمل اثره عددا كبيرا من الناس ، كاهل بلد او اقليم او طائفة منهم ، كالزراع فى جهة ن الجهات او منتجى سلعة بذاتها او المتجرين فيها ، اما اذا كان الحادث الاستثنائى خاصا بالمدين وحدة فلا تطبق عليه النظرية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر – على ما جرى به قضا محكمة النقض – حادثا استثنائيا عاما فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ذلك ان الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى سالف الذكر ، فهو يحكم كونه قانونا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه ، ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعا لان نص الفقره الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد اطلق في التعبير عن الحادث فلم يقيده بان يكون عملا او واقعة مادية " ١٩٦٥/٢/١٨ – م نقض م – ١٦ – ١٩١ – وبنفس المعنى في ١٩٦٣/١/٣ – م نقض م – ١٤ – ٣٧) "

وبانه يصح اعتبار الفيضان العالي منتظر قوة قاهرة يون من اثرها اعفاء الملتزم من تنفيذ التزامه ، ولا ينفى اعتباره كذلك سبق وقوع مثله فى الماضى - فإذا ان ما قرره الحكم المطعون فيه يفيد ان الفيضان على اطلاقه لا يعتبر قوة قاهرة لا مكان توقعه " ، ولم يبحث ما تمسك به الطاعن من ان الفيضان الذي اتلف زراعته كان فياضنا استثنائيا م يكن فى الوسع توقعه فان الحكم يكون قد شابه قصور فى التسبيب (١٩٦٣/٤/١٨- م نقض م - ١٤-٥٦٠) وبأنه تشترط الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون لاجابة المدين الى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له ، ان تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد والبحث فيما اذا كان الحادث غير عام وما فى وسع الشخص العادى ان يتوقعه او انه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعة هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على اسباب تؤدى الى ما انتهى اليه ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر تخفيض المساحة التى تزرع قصبا - بالأطيان المبيعة - الى ٤٠ % حادثا استثنائيا عاما من شأنه تخفيض الربح ويبرر تخفيض الثمن واقام قضاء على اسباب سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فان النص يكون فى غير محله " (١٩٧٧/٣/١ فى الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ق) .

كما قضت بأن : مفاد نص المادة٢/١٤٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يشترط فى الحادث الطارئ ان يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المالوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الطارئ عاما اذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافرا اشتراطه النص فى وصف الحوادث المشار اليها من انها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو الا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها لو وجد فى ظرف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا ام لم يتوقعه ، وتقدير هذا الأمر هو ما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على اسباب سائغة " (١٩٧٥/٣/٤ - م نقض م - ٢٦- ٥١٥) وبأن " مفاد نص المادة ١٤٧ /٢ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته ان يكون حادثا استثنائيا عاما ، غير ممكن توقعه ويخرج من المالوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الاستثنائى عاما اذا اتصرف اثره الى عدد كبير من الناس ، واذا لم يتناول قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بنصوصه التى صدر بها فى سبتمبر سنة ١٩٥٢ امر تخفيض المساحة التى تزرع محاصيل معينة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الاسباب التى استند اليها فى اعتبار تخفيض المساحة التى تزرع قصبا حادثا استثنائيا عاما يجيز للقضاء التدخل تبعا للظروف وبعد لوازمه بين مصلحة الطرفين لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .. فان الحكم يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب " (١٩٧٠/٥/٥ - م نقض م - ٢١ - ٧٨٧) .

ثالثا : أن يكون هذا الحادث ليس فى الوسع توقعه :

لا يكفى فى الحادث الاستثنائي ان يكون عاما ، بل يجب ان يكون غير متوقع شأنه فى ذلك شأن القوة القاهرة ، غير ان توقع الحادث او عدم توقعه من الامور الذاتية التى يختلف تقديرها باختلاف الناس والمعيار الموضوعى ان ينظر الى الحادث ، فان كان مما يكن للرجل المعتاد ان يتوقعه وقت التعاقد ، كارتفاع او هبوط مالوفين فى الاسعار ، فلا يشكل حادثا استثنائيا ويعتبر مثل هذا الحادث من الاحتمالات المالوفة التى يتوقعها المتعاقد وعليه ان يتحمل خطرها ، اما اذا كان الادث مما لا يمكن للرجل المعتاد ان يتوقعه كقيام حرب او وقوع زلزال او غارة جراد او انتشار وباء او فيضان نهر بصورة شاذة نادرة ، فهو حادث استثنائى ، لانه من الاحتمالات غير المالوفة التى تباغت المتعاقد ، وليس فى وسعه ان يحسب لها حسابا وقت التعقد .

والخلاصة أن المدين إذا كان قد توقع الحادث الطارئ او كان فى وسعه ان يتوقعه ، فليس له التمسك بالظروف الطارئة ، كذلك الامر اذا كان الحادث لا يمكن توقعه ولكن يمكن تحاشى وقوعه فيحنئذ لا يجوز للمدين التمسك بالظروف الطارئة ذلك ان المدين لزم بتحاشى الحوادث التى تحول دون تنفيذ التزامه ولو كانت مما لا يمكن توقعه ، ومن ثم يجب الا يكون الحادث متوقعا والا يكون فى الامكان دفعه .

ومن الحوادث المتوقعة ارتفاع اسعار السلع الدراجة وانتشار دورة القطن . والمعيار الذى يستند اليه لمعرفة ما اذا كان الحادث متوقعا او غير متوقع ، هو معيار الشخص العادى اذا وضع فى ذات الظروف المحيطة بالمدين .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا كان قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى ان يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد ، والمعيار فى توافر هذا الشرط وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة - معيار مجرد مناطه الا يكون فى مقدور الشخص ان يتوقع حصولها لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد ، دون اعتداد بما وفر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول او عدم توقعه والبحث فيما اذا كان الحادث الطارئ هو مما فى وسع الشخص العادى توقعه او انه من الحوادث الطارئة مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع طالما اقامها على اسباب مؤدية الى ما انتهى اليه " (١٩٧٨/١/١١ فى الطعن رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ق - وبنفس المعنى ١٩٦٩/١١/١١ م نقض م - ٢٠ - ١١٩٣ وبأنه " يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عدم امكان توقعه واستجالة دفعه ، فإذا تخلف احد هذين " انتفتن الحادث صفة القوة القاهرة ، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع ان يقع وفقا للمالوف من الامور بل يكفى لذلك ان تشير الظروف والملابسات الى احتمال حصوله ، كما لا يشرط ان يكون المدين قد علم بهذه بالظروف اذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لان عدم امكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب ان يكون مطلقا لا تسبيا - المعيار فى هذه الحالة موضوعى لاذاتى " (١٩٧٧/١٢/٦ فى الطعن رقم ٤لسنة ٤٤ق - وبنفس المعنى فى ١٩٦٨/١٢/١٩ - م نقض م - ١٩- ١٥٥١) . وبان " البحث فيما اذا كان الحادث ما فى وسع الشخص العادى ان يتوقعه او انه من الحوادث لطارئة الغير متوقعه ، هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على اسباب تؤدى الى ما انتهى اليه ... واذ نفى الحكم لاسباب سائغة عنصر المفاجأة فى صدور القانون ١٦٨ لسنة ١٩٦١ بتخفيض اجرة الاماكن وكان تخفيض ايجار المسكن بالقوانين السابقة التى ابرم الاتفاق بين الطرفين فى ظلها ، ينفى عنصر المفاجاة لدى الشخص العادى من صدور القوانين المماثلة اللاحقة ، باعتبار ان هذه القوانين جميعها تقوم على الحفاظ على التوازن بين مصلحة المؤجر فى الحصول على الثمرة المشروعة من تاجير عقاره ومصلحة المستأجر فى ان يتوقى سوء الاستغلال الذى قد يتمسك به المؤجر ضده (وهو ما يصدق ايضا على القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥) فان الحكم لا يكون قد شابه فساد فى الاستدلال او قصور ، (١٩٦٩/١١/١١ - م نقض م - ٢٠- ١١٩٣)

كما قضت محكمة النقض بأن " تشترط المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى لاجابة المدين الى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى اخذ الذى يجعل تنفيذها هذا الالتزام غير مرهق ، ان تكون هذه الحوادث غير متوقعه الحصول وقت التعاقد ، والمعيار فى توافر هذا الشرط - طبقا لما جرت به عبارة المادة سالفة الذكر - هو الا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد . بصرف النظر عما اذا كان هذا الدين قد توقع حصولها فعلا ام لم يتوقعه " (١٩٦٩/١١/١١ - م نقض م - ٢- ١١٩٣) .

رابعا : ان تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لمدين :

ويجب ان يصبح تنفيذ الالتزام بسبب ذلك الحادث مرهقا ولكن ليس مستحيلا وهذا ما يميز الحادث الاستثنائى العام عن القوة القاهرة اذ ان القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، أما الحادث الاستثنائى العام فهو لا يؤدى الى ذلك وان جعل التنفيذ مرهقا للمدين ، والارهاق الذى يعتد به هو الارهاق الشديد الذى يجاز الخسارة المالوفة فى التعامل ويقدر بالنظر الى الصفقه فتنسب اليها وحدها الخسارة التى تصيب المدين دون النظر الى مجموع ثروة المدين ، وتقدر الخسارة بمعيار مادى وموضوعى دون الاعتداد بالظروف الشخصية للمدين " (محمد كمال عبد العزيز - المرجع السابق - الاشارة السابقة)

وعليه فإن كان الحادث لا يؤدى الى الخسارة الفادحة وانما الى خسارة ادنى من ذلك فلا تنطبق الفقرة الثانية ن المادة ١٤٧ لان الخسارة فى هذه الحالة لا تصل الى حد الارهاق ، ومعيار الارهاق هنا موضوعى وليش شخصيا ، فينظر اليه وفقا لقدر الخسارة التى يسببها الحادث بالنسبة للصفقه فإن كانت الخسارة فادحة تحقق الارهاق بصرف النظر عن مدى اثراء المدين او عن اى عامل اخر يتصل به ، فقد يحقق ارباحا كبيرة من صفقات اخرى ومع ذلك يظل له الحق فى التمسك بالظروف الطارئة بالنسبة للصفقه التى لحقته منها خسارة (المستشار انور طلبه - مرجع سابق الاشارة السابقة) .

فتوافر الارهاق الذى يهدد بخسارة فادحة او عدم توافره ، معياره موضوعى بالنسبة للصفقه المعقودة ذاتها - من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ومستمدا مما له اصه الثابت بالاوراق . (نقض ١٩٨٥/١٢/٢٤ طعن ٥٨٥ س ٥٢ق)

لم يحدد القانون المقدار الذى يجب ان تبلغه الخسارة ، لتصبح فادحة خارجة عن المالوف ، ومع ان المشرع قد وضع للارهاق معيارا ماديا حدده بنطاق العقد ، فكان اولى له ان يضع معيارا ماديا يحدد به الخسارة الفادحة التى تؤدى الى الارهاق ، فيتجنب بذلك اضطراب التقدير ، غير ان المشرع اثر ان لا يحدد الخسارة بمقدار ، واختار الاسلوب المرن فى تقديرها ، ليكون ذلك ادنى الى بلوغ الغاية التى شرعت النظرية من اجلها .

ذلك لان الارهاق الذى يصيب المدين من جراء الحادث الطارئ ، معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فهو يتغير بتغيير الظروف والاحوال ، وقد يختلف بين ظرف وظرف ، وبين مدين ومدين ، فما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة ، قد لا يكون مرهقا له فى ظروف اخرى ، وما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين اخر ، فالخسارة اذن تتأثر بتبدل الظروف ، كما تتأثر بمصلحة المدين ، ولذلك وجب ان يقوم تحديدها على اساس مراعاة الظروف والاحوال التى ادت اليها ، والموازنة بين مصلحة الطرفين المتأثرة بها .

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة فى احد احكامها الى ان " هبوط قيمة المبيع الى ما يقارب النصف يعتبر خسارة فادحة ، لانه يزيد على ما يتغابن فيه الناس " وبذلك حادث الخسارة الفادحة بمعيار التغابن (المحاماه س٤١ ص٨٤) .

ومادام المعيار المتخذ لتحدد الارهاق ، هو معيار موضوعى يتعلق بموضوع العقد ، فيكون المقصود بالخسارة الفادحة ، هو كل ما يمس كيان العقد الاقتصادى ويزعزع اركانه ، بحيث يصبح احترام العقد وتنفيذه - كما يقول الاستاذ السنهورى - ضربا من الجور لا يطاق احتماله ، وهذا ما أخذ به القضاء الادارى فى تحديد الخسارة الفادحة .

على انه يشترط فى الخسارة الفادحة ، أن تكون نتيجة حتمية للطارئ الذى لا يمكن دفعه ، فإذا كانت من عمد المدين او نتيجة لخطئه او لسوء تصرفه ، فلا يعتد بها فى ارهاقه ، ويمتنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " ان تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة اهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدي مدى الارهاق الذى اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ومناط هذا الارهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقه ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين ، واذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الارهاق من ظروف الصفقه وملابساتها ومن ان ما طرأ على انخفاض القيمة الايجارية للفدان بالاضافة الى خفض المساحة التى تزرع قصبا وما ترتب على ذلك من هبوط الربح السنوى للاطيان المبيعة هو من قبيل الخسارة التى ترهق كاهن المشترين ارهاقا يجاوز حد السعة لما كان ذلك وكان ما اورده الحكم فى هذا الشأن سائغا ويدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فان النعى عليه - بان الحضارة التى لحقت بالمشترين هى خسارة ضئيلة ومالوفة - يكون فيى غير محله " (١٩٧٧/٣/١ فى الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ - وبنفس المعنى ١٩٦٤/٧/٢ - م نقض م - ١٥ - ٨٩٥ - ونقض ١٩٦٤/٣/٢٦ - م نقض م - ١٥ - ٤٠٩ - ونقض ١٩٦٣/٥/١٠ - م نقض م -١٣- ١٢٩) .

وقضى بانه كما لا يجوز أعمال حكم الظروف الطارئة على الاقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ ، وقصر المدين فى الوفاء بها ، حتى وقع الحادث ، ذلك انه يشترط لتطبيق النظرية ، الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الظروف الطارئ ، راجعا الى خطأ المدين . (نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ للمحاماه س٤٥ ص٥٩٤)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى يستلزم فى الارهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ ، ان يكون من شانه تهديد المدين بخسارة فادحة ، ومن ثم ان الخسارة المالوفة فى التعامل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكفى لاعمال حكم الظروف الطارئة واذا كان الثابت ان الطاعنين قد تمسكوا فى مذكرتهم المقدم امام محكمة الاستئناف بان الفارق بين الفدان من الاطيان المبيعة الثابت فى عقد البيع وهو ٦٠٠ج وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الاصلاح الزراعى وهو ٤٥٠ ج ليس من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام من المطعون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة لان هذا الفارق يعتبر من قبيل الخسارة المالوفة والتفاوت المعتاد فى الاسعار مما لا يسوغ معه تعديل الالتزام استنادا لنظرية الظروف الطارئة ، وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى يتصل بشرط اساسى من شروط اعمال حكم الظروف الطارئة ، مكتفيا فى ذلك بالاحالة على الحكم السابق صدوره بندب الخبير والذى لم يتعرض بدوره لهذا الدفاع ، او يقطع بتوافر شروط الارهاق ، بل قضى بندب الخبير ليتسنى له تقدير مدى توافره ، فان الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بقصور يبطله " (١٩٧٥/٦/٩ - م نقض م - ٢٦- ١١٦٣ - وبنفس المعنى فى ١٩٦٣/٣/٢١- م نقض م - ٣٤٧). وبأنهلا يجوز الاستناد فى نفى الارهاق الذى تتطلبه المادة ٢/١٤٧ مدنى الى انه لم يترتب على قانون الاصلاح الزراعى انخفاض فى اثمان الاراضى التى لم يجر الاستيلاء عليها ذلك ان المشرع قد اقر فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بانه ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ انخفاض اثمان الاراضى الزراعية عامة ، كما اقرت بذلك وزارة المالية فى المذكرة المقدمة منها الى مجلس الوزراء والتى وافق عليها المجلس بجلستها المنعقدة فى ١١ من اغسطس سنة ١٩٥٣ " (١٩٦٤/٣/٢٦ - م نقض م - ١٥ - ٤٠٩) .

كما قضت بأن تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول - طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى رخصة من القانون ، يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة اهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير مدى الإرهاق الذى اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، ومناط هذا الارهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقه ذاتها ، لا للظروف المتعلقة بشخص المدين " (١٩٧٠/١٢/١٥- م نقض م - ٢١ - ١٢٣٤)

الأثر القانونى المترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

متى توافرت الشروط السابقة ، كان للقاضى ان يتنازل العقد بالتعديل ، بأن ينقص من التزامات المدين او يزيد من التزامات الدائن ، او بوقف تنفيذ العقد لمدة محددة اذا كان هناك احتمال لزوال الحادث الطارئ كما لو كانت الاسعار قد ارتفعت كثيرا بسبب وقف الاستيراد لمدة محددة .

ويجب على القاضى وهو يرد الالتزام الى الحد المعقول ، الا يرفع كل الخسارة عن المدين اذا راى ان ينقص من التزاماته وأيضا لا يحمل الدائن كل اثار الظرف الطارئ اذا راى ان يزيد من التزاماته فالخسارة المتوقعة يضيفها الى جانب المدين وما زاد عنها يقسمه ما بين المدين والدائن ، فان رفض الدائن ان يتحمل بذلك ان له يطلب فسخ العقد وحينئذ يجيبه القاضي الى هذا الطلب ولو لم يطلبه المدين ، ولكن ليس للقاضى أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه او بناء على طلب المدين اذ يقتصر هذا الطلب على الدائن وحده (انور طلبه - مرجع سابق)

وإنقاص الالتزام او زيادته ، يتصر على المراحل التى حل تنفيذها فقد دون ان يتعداها الى المراحل التى لم يحل دورها فى التنفيذ بعد ، عندما يتضمن العقد شرطا بتنفيذه على مراحل ، ويعتبر رد الالتزام الى الحد المعقول ، سواء بالانقاص و الزيادة او الوقف ، من مسائل النظام العام فيقع باطلا كل اتفاق بسلب المدين الحق فى التمسك بالظروف الطارئة ، انظر بند " مدى المسئولية عند تحقق السبب الاجنبى بالمادة ١٦٥ " .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نص الفقرة من المادة ١٤٧ من القانون المدنى انه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ على القاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول ، وهو حين يختار فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المالوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مالوفة بين المتعادين بالسوية فيما بينهما باعتبار ان ذلك افراط فى مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين لان المشرع - وعلى ما افصحت عنه الاعمال التحضيرية للقانون - اضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ولو لم ياخذ فيها بمعيار ذاتى او شخصى ، وانما جعل معيارها موضوعيا " (١٩٧٧/٣/١ - فى الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ - وبنفس المعنى ١٩٧٠/٥/٥ -م نقض م - ٧٨٧ - ونقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ - م نقض م - ٢٤ - ١٣٢٠) وبأنه " تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول - طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - رخصة ن القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفة ذاتها ، ولما كان الحكم المطعون فه قد دلل على انتفاء ذلك الشرط من ظروف الصفقه وملابساتها

وكان ما قرره فى هذا الشأن سائغا مما يدخل فى السلطة التقديرية محكمة الموضوع وكافيا لحمل قضائه فانه لا جدوى من تعيين الحكم فيما قرره من جواز النزول عن الحق فى التمسك بالظروف الطارئة لان ما اورده الحكم فى هذا الصدد يستقيم الحكم بدونه " (نقض ١٩٦٢/٥/١٠ طعن ٣٥٩ س ٢٦ق) وبأنه مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى وما ورد فى الاعمال التحضيرية بشأنه انه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ فان للقاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار رهقا الى الحد المعقول وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية - الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه ، لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده ، ولكنه يحد من هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويجعلها على الدائن وحده ، ولكنه يحد من هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المالوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مالوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة لموازنة بين مصلحة كل منهما " (نقض ١٩٧٠/٥/٥ س٢١ ص٧٨٨ ونقض ١٩٧٥/٦/٩ س٢٦ ص١١٦٣ ونقض ١٩٧٧/٣/١ طعن ٥٨٠ س٤٣ق) . وبأنه " فى حالة اعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى كون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى الا يعمل الجزاء على عقود البيع التي كون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى الا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى لها قد اصبح وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، اما باقى الاقساط المستقلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا لزوال اثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط فى ذلك الاداءات فى عود المدة من حيث التأثر بالظروف الارئة كما انه لا يجوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الاقسط التى يكون قد حلت قب وقوع الحادث الطارئ وقصر المدن فى الوفاء بها حتى وقع الحادث . ذلك انه يشترط لتطبيق النظرية الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا الى خطأ المدين . نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٣٦٨ س٢٩ ق) وبأنه " لا ينال من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة على عقود البيع التى يكون يها الثمن كله او بعضه مؤجلا القول بأن إرجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشترى فلا ينبغى ان يضاربه البائع ذل ان الاجل شط من شروط التعاقد على الصفقه اصلا لولاه لما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا عن البائع (نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦٣ س٢٦ق وبأنه وضع الاطيان المبيعة تحت الحفظ بمظنة انها من اموال اسرة محمد على ليس الا حادثا طارئا يترتب عليه تاجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين - بصفه مؤقته دون ان يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضى الى انقضاء هذه الالتزامات - ويزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ومن ثم فلا يكون لذلك الطارئ من اثر على قيم العد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة حكم العلاقة بين الطرفين فإذا ان الطاعنون (البائعون) قد اقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد ان استقرت العلاقة بين الطرفين بابرام العقد النهائى . مطالبين المشترى بثمار المبيع على انها من حقهم فان استنادهم فى الدعوى الى قاعدة الاثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون ذلك ان الحق فى هذه الثمار اثر من اثار عقد البيع وهى للمشترى من وقت تمام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها اثراء بلا سبب . (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طعن ٢٠١ س ٢٧ق)

سلطة القاضى إزاء العقد :

تتمثل هذه السلطة فى رد الالتزام الى الحد المعقول دون ان تجاوز ذلك الى فسخ العقد او انهائه او اعفاء المدين من الالتزام ويرد القاضى الالتزام الى الحدود المعقوله بالطريقة التى يراها مناسبة لذلك سواء بانقاص التزام المدين المرهق او برفع الالتزام المقابل له او اعفاء المدين من بعض الالتزامات القانونية كان يجعل نفقات النقل على عاتق الدائن بدلا من المدين او تاجيل تنفيذ التام المدين ان لم يكن فى ذلك تفويت للفرض من الصفقه ، وقد يجمع بين هذه الوسائل ، ولكنه يلتزم بعدم الغاء عبء الارهاق على الجانب الاخر او اعفاء المدين من الزيادة المالوفة كما يلزم بتوزيع عبء الارهاق الناجم عن الحادث الاستثنائى بين طرفى العقد ، فإذا كان مقاول قد باع احدى شقق عمارته التى كانت تحت الانشاء بعشرة الاف جنيها مع التزامه بالتسليم بعد سنتين ، اتفعت تكلفة الشقة طبقا للزيادة المالوفة اى نتيجة عوامل لا ترقى الى اعتبارها حادثا استثنائيا الى خمسة عشر الف جنيها فلا ينقص القاضى من التزام المقاول شيئا ولا يرفع من التزام المشترى شيئا ، ولكن اذا طرأ حادث استثنائى ارتفع بتكلة الشقة الى خمسة وعشرين الف جنيها فان القاضى يحتسب الزيادة التى كانت وليدة الحادث الاستثنائى بخصم الزيادة المالوفة وهى خمسة الاف جنيها من الزيادة الكلية وهى خمسة عشر الف جنيها فتكون الزيادة التى تسبب فيها الحادث الاستثنائى عشرة الاف جنيها فيقوم بتقسيمها بين الطرفين ويتحمل كل منهما خمسة الاف جنيها ويمكنه لرد الارهاق الى الحد المعقول ان يرفع الثمن الى خمسة عشر الف جنيها بدلا من عشرة الاف جنيها فإذا قام القاضى بتعديل التزامات احد الطرفين اندمج ما قضى به من تعديل ضمن احكام العقد بحيث اذا اخل احد الطرفين بالتزامه المعدل امكن للطرف الاخر فسخ العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه تعطى المادة ٢/١٤٧ ن القانون المدنى القاضى رخصة يجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدى الذى لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه رهفا للمدين دون ان يكون له فسخ العقد او اعفاء المدين من التزامه القائم او الزام الدائن برد ما استوفاه منه " (١٩٧٣/١٢/٢٠ – م نقض م – ٢٤- ١٣٢٠ – وقارن نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ – م نقض م – ٢١- ١١٤٨) وبأنه للقاضى متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرها الى الحد المعقول وهو حين يختار – فى حدود سطته لتقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه – لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده ، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول ، ذلك بتحميل المدين الخسارة المالوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مالوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما

نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ان نظرية الظروف الطارئة انما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ ، او على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه ، اما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ ، فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لاحكام الظروف الطارئة (نقض ١٩٧٥/٦/٩ س٢٦ ص١١٦٣) وبأنه تطبيق كم المادة ٢/١٤٧ ن القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا او مقسطا ، لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليها فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون ، ذلك ان القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى لها قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع له بحيث يهدده بخسارة فادحة

اما باقى الاقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا بزوال اثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة . (نقض ١٩٦٣/١/٣ - ١٤ ص٣٧) وبأنه يبين من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ان المشرع فى اطلاقه التعبير بالالتزام التعاقدى لم يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه بل اورد النص بصيغه عامة تتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بما يجاوز حدود السعة . ومن ثم فإن هذه النظرية تنطبق على عود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى كما ينطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، وذلك لتحقق حكم التشريع فى الحالتين ، وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه لظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع التعنت عن المدين تمكينا له من تنفيذه التزامه دون ارهاق كبير وهذا الاختلال كما قد يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية او مستمرة فإنه يحدث ايضا فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ . ولا يقدح فى تطبيق نظرة الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله او بضمه ان ارجاء دفع الثمن انما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى فلا ينبغى ان يضاربه به البائع ذلك ان لاجل امر ملحوظ ى التعاقد على الصفقه اصلا لولاه ما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ الالتزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع . (نقض ١٩٦٥/٢/١٨ طعن ٢٤٨ س٣٠ق)وبأنه " تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على انه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرها للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .. " واذ تبين من هذا النص ان المشرع قد اطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون ان يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه انما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غر متوقع يؤدى الى جل تنفيذ الالتزام مرهقا لمدن فإن هذه النظرية تنطبق على عود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكم التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية او مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ على انه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا الى خطأ المدين اذ لا يجوز له ان يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره . كما ان هذه النظرية لا تنطبق على " عود الغرر " اذ انها تعرض - بطبيعتها - العاقدين لاحتمال كسب كبيرا او خسارة فادحة . (نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٥٦٣ س٢٦ق) وبأنه" اذا نصت المادة ٢/١٤٧ م القانون المدنى على انه اذا (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى التوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) فقد دلت على انها انما تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذى رتبه فإذا كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضى وعندئذ يمنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة - المنصوص عليها فى المادة المذكورة - لأنها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طعن ٢٤٥ س ٢٧ق)

وبأنه الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما كما انه حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه ولا يغير من ذلك كونه تشريعا ذلك ان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد اطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا او واقعة مادية والنتيجة التى رتبها القانون رقم ٤٥٣ - وما تضمنته مذكرته الايضاحية - لا يمكن تفسيرها الا على اساس اعتبار قانون الاصلاح الزراعى ظرفا طارئا " (نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦٣س ٢٦ق ، نقض ١٩٦٥/٢/١٨ طعن ٢٤٨س ٣٠ق) وبأنه " يتبع نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - وقد ورد بصيغه عامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ذلك ان تأجيل التنفيذ هو الباعث على حكاية القانون التى قصد منها رفع العنت عن المدين واصلاح ما اختل من التوازن العقدى نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة وهو ما يقوم فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية " (نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طعن ٢٤٠س ٢٧ق).

علاقة النظرية بالنظام العام :

اعتبر القانون من النظام العام فنصت المادة ٢/١٤٧ على بطلان كل اتفاق يخالف احكامها ولم يكن المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن هذا الحكم فاضافته لجنة المراجعة دون ان تبين سبب الاضافة وبذلك خلا هذا الحكم من اسبابة الموجبة .

الأثر المترتب على اعتبار النظرية من النظام العام :

لما كانت نظرية الظروف الطارئه متعلقة بالنظام العام من ناحية عدم جواز الاتفاق عند التعاقد على عد تطبيقها على نحو ما تقدم ، فان النص الخاص بها يسرى فور نفاذه وبدون اثر رجعى ، ومفاد ذلك سريان النظرية على العقود التى ابرت فى ظلها ، اما العود التى ابرمت قبل ذلك ، فان تنفيذها اذا كان معاصرا للنظرية سرت عليها احكامها ، فان كان تنفيذ تلك العقود يتم على مراحل ، فان راحل التنفيذ التى تمت قبل نفاذ القانون المدنى الحالى لا تخضع لاحكامه ، اما المراحل التى يتم تنفيذها بعد نفاذه فتخضع لاحكامه فيما يتعلق بالظروف الطارئة .

ويتعين لاعمال اثر نظرية الظروف الطارئة اللجوء للقضاء :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا كانت اجرة الطحن قد تحددت فى التعاقد بمبلغ معين لطحن الاردب من الغلال فان الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ولا يجوز للمؤجر ان يتخذ ذريعة للفسخ بارادته ان وزارة التموين قررت زيادة الاجر او ان ظروفا طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقا " (١٩٥٧/١/٢٤ – م نقض م – ٨-٩٨)

لا يجوز التمسك باعمال النظرية لاول مرة امام محكمة النقض :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا لم يطلب الطاعن (المشترى) امام محكمة الموضوع تطبيق الظروف الطارئة فلا يجوز له ابداء هذا الطلب لاول مرة امام محكمة النقض " (١٩٦٨/٧/٣- م نقض م – ١٩ -١٢٣٩) .

أحكام النقض :

من الأصول المقررة وفقا لنص الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ان العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى قررها القانون ومن ثم فلا يعتد بتعديل نصوص عقد يستقل احد المتعاقدين باستحداثه بإرادته المنفردة ، وينبنى على ذلك انه إذا ما حرر اتفاقا تناول نصوص العقد بالتعديل وحمل المحرر توقيع المتعاقدين معا فإن ثبوت تزوير توقيع احدهما من شنه ان يبطل الاتفاق برمته ولا ينتج عما اثبت به من المدلس عليه لم يكن يستطيع استحلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب فإذا كان يستطيع ذلك فلا يتوافر التدليس (نقض ١٩٩٤/٢/١٧ (طعن ٨٦٢ س٥٩ق) .

العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى يقررها القانون مما مؤداه التزام المستأجر باحترام الشرط الوارد فى عقد الايجار والذى يحظر عله التنازل عن الايجار والا حق عليه الجزاء المرر لمخالفة ذلك فى العقد او فى القانون ، ومن الأصول التى تقوم عليها القوانين الاستثنائية الصادرة فى شأن ايجار الاماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين ، حظر تأجير الاماكن المؤجرة من الباطن والتنازل عن الايجار وترك المكان المؤجر للغير باى وجه من الوجه بغير اذن كتابى صريح من المالك ، وتقرير الحق للمؤجر فى حالة اخلال المستأجر بذلك فى طلب اخلاء المكان المؤجر (نقض ١٩٧٩/٢/١٧ س٣٠ص ٥٤٨) .

يجب وفقا الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ان يتضح من عقد الايجار او الانفاق اللاحق انصراف ارادة الطرفين الى ان الزياة هى مقابل التحسينات المستجدة ففى هذه الحالة يتعين على القاضى ان ينزل حكم العقد كما يذعن لحكم القانون وان يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يملك ان يعدل مضمونه او يعرض لتقويم هذه التحسينات متى استبان له ان الانفاق له سمة الجديدة وخلا من شبهة التحايل على احكام القانون " (نقض ١٩٧٧/٢/١٦ س٢٨ص ٤٦٨) .

ليس فى احكام القانون المدنى ما يسوغ للقاضى نقض الالتزام التى يرتبها العد بل ان هذا مناف للاصل العام القائل بان العقد شريعة المتعاقدين (نقض ١٩٤٧/٥/١٥ - جـ٢ فى ٢٥ سنة ص٨١٨) .

فسخ العقد لا يكون الا نتيجة لانفاق المتعاقدين عليه او لصدور حكم به وفقا لنص المادة ١١٧ من القانون المدنى القديم ، ولا يشقع لاحد المتعاقدين فى الانفراد بالفسخ قوله بقيام اسباب هى فى نظره مبررة للفسخ وبالتالى فلا جدوى من النعى على الحكم بعدم الرد على دفاعه المستند الى هذا الاساس (نقض ١٩٥٧/١/٢٤ - طعن ٧٨ س٢٣ق) .

لا يشارط - في تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني - أن تكون الالتامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارئ ، بل يكفي وجود التزام على أحد العاقدين متراخي التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقا للمدين دون ما اعتبر لما يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك . (١٩٦٣/٣/٢١ - ١٤ - ٣٤٧)

تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .." واذ تبين من هذا النص ان المشرع قد اطلق التعبير بالالتزام التعاقدى دون ان يخصص نوعا من الالتزام التعاقدى بعينه وانما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدورى كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرات هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية او مستمرة يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ على انه يشترط لتطبيق نظرة الحوادث الطارئة الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا الى خطأ المدين اذا لا يجوز له ان يستفيد فى هذه الحالة من تقصيرة ، كما ان هذه النظرية لا تنطبق على " عقود الغرر" ، " اذ انها تعرض بطبيعتها - العاقدين لاحتمال كسب كبير او خسارة فادحة "(١٩٦٣/١/٣ - ١٤- ٣٧ - وبنفس المعنى ١٩٦٥/٢/١٨ - ١٦-١٩- ونقض ١٩٦٢/١٢/٣٠ - ١٣ - ١١٧٤)

ولا ينال من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة على عقود البيع التى يكون فيها الثمن كله او بعضه مؤجلا القول بان نارجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشترى فلا ينبغى ان يضار به البائع ذلك ان الاجل شرط من شروط التعاقد على الصفقه اصلا لولاه لما تمكن البائع من ابرام العد بالثمن المتفق عليه فيه فلا يعتبر والحال كذلك تاجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع " (١٩٦٣/١/٣ - ١٤- ٣٧) .

مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ان نظرية الظروف الطارئة انما ترد على الالتزام الذى لم ينفذ او على الجانب الذى لم يتم تنفيذه منه ، اما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ ، فانه ينقضى بالوفاء ويمتنع خضوعه لاحكام الظروف الطارئه ، كما ان للقاضى متى توفرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ- وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة - تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا الى الحد العقول وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهة لا برفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده ولكن يحد من فداحة الخسارة التى ستصيب المدين ويصل بها الى الحد المعقول ذلك بتحميل المدين الخسارة المالوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مالوفة على المتعاقدين وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما . (١٩٧٥/٦/٩ - ٣٦-١١٦٣) .

اقتصر القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٥٣ على تنظيم العلاقة فيها بين البائع والمشترى على وج معين عن طريق تحديد ما يجب اداؤه من ثمن الاطيان التى خضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير بشأنها .. اما ما لم يخضع لهذا الاستيلاء من الصفقه المبيعة فإن المشرع ترك تنظيم علاة الطرفين بشأنه لاحكام القانون ومن بينها حكم الظروف الطارئة الواردة فى المادة ٢/١٤٧ منه " (١٩٦٤/٤/٣٠ - ١٥- ٩٣)

اذ كان الحكم قد اقام برفض اعمال نظرية الحوادث الطارئة على ان عود بيع القطن الاجلة " الكونتراتات تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وانه لذلك يتعين على المتعاقد ان يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التى قد تؤثر فى التزامه سواء كانت متوقعه او غير متوقعه فانه لا يكون قد خالف صحيح القانون ويحمل الرد على ما اثاره الطاعن من بطلان العقد لانطوائه على المقامرة ذلك انه مادام العقد بطبيعته من شأنه ان يعرض احد المتعاقدين لخسارة جسيمة او مكسب كبير فإنه لا يجوز ابطاله لمجرد انطوائه على المقامرة او المضاربة كما لا يجوز اعمال نظرية الحوادث الطارئة فى شأه لان المتعاقد يعلم سلفا انه يتعاقد بعقد احتمال مبناه فكرة المخاطرة " (١٩٦٦/٢/١٥ – ١٧-٢٨٧) .

اذا نصت المادة ٢/١٣٧ من القانون المدنى على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن فى الوسع توقعها وترتب على المدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى .. ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " فقد دلت على انها تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذى يرتبه ، فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضى وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها فى المادة المذكور لانها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد "

قوام نظرية الظروف الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ان يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد . والمعيار فى توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه الا يكون فى مقدور الشخص ان يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد دون ما اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول او عدم (نقض ١٩٩٠/١١/٢٩ طعن ١٢٩٧ س٥٦ق) .

لما كانت المادة ١٤٧ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الثانية على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعادى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول – ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك – وكان البين من الأوراق ان الطاعنين قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بأنه بتاريخ ١٩٨٠/٤/٩ هبت عاصفة غير متوقعه أتلفت نصف الثمار المبيعة وطلبا تحقيق ذلك وفقا لهذا النص . وكان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع تأسيسا على مجرد القول بأن الرياح على إطلاقها لا تعتبر قوة قاهرة تندرج ضمن الحوادث الاستثنائية العامة المنصوص علها فى المادة المشار اليها فى حين ان العاصفة الغير منتظرة يصح ان تعتبر قوة قاهرة فى تطبيق هذه المادة متى توافرت شروطها فانه يكون مشوبا بقصور فى التسبيب واخلال بحق الدفاع .(نقض ١٩٨٧/٤/٢٨ – طعن ٢٦٥ س٥٤ق).

قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى ان يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد والبحث فيما اذا كان الحادث مما فى وسع الشخص العادى ان يتوقعه او انه من الحوادث الطارئة غير المتوقعة هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الادلة فيها واستخلاص الصحيح الثابت منها وهو غير ملزم بالرد على كل ما يقدمه الخصوم من مستندات ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك متى اقام قضاءه على اسباب سائغة تكفى لحمله لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه – فى خصوص اسباب الطعن – قد خص الى ان زيادة اسعار السرسة الى عشرين جنيها للطن حسب اقوال الحاضر عن الطاعن وهى زيادة فى حدود مرتين ونصف من السعر المتفق عليه لا تعتبر باهظة لتعرض الكثير من السلع لمثل هذه التقلبات

ومن ثم لا تعد من الامور الخارجة من المالوف والنادرة الوقوع وبالتالى نتخلف شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة وهو استخلاص سائغ له اصل الثابت بالاوراق ويكفى وحده بحمل قضائه ، فانه لا يعيبه ما استطرد اليه زائدا عن حاجته من تقريرت - ايا كان وجه الراى فيه - بتقسيم بدونها ويغدو لنعى ولا اساس له (نقض ١٩٨٧/١٢/٧ طعن ٩٨٠ س٥٢ق) .

نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يشترط لاجابة المدين الى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق به ان تكون هذه الحوادث عامة وغير متوقعة الحصول وقت التعاقد ، وكان تقدير عمومية الحادث وتقدير توقعه وقت التعاقد ومدى ارهاق الالتزام للمدين نتيجة لذلك مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع مادام قد اقام قضاءه على اسباب سائغة تكفى لحمله ، فانه لا على المحكمة ان هى لم تستجب الى طلب الخصم احالة الدعوى الى خبير مادامت قد وجدت ى اوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وانه ولئن كان لا يجوز للقاضى ان يحكم بعمله الخاص الا انه غير ممنوع من الحكم بالعلم العام ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه فى هذا الصدد على ما توفر من علم بتحديد اسلوب الدولة وظهور بوادر الانفتاح الاقتصادى وقت التعاقد مما يجعل غلاء الاسعار امرا متوقعا وليس حادثا مفاجئا فضلا عن ان تنفيذ البائعين لالتزامهم بتسليم الارض المبيعة المدفوع جزء من ثمنها وقت التعاقد وليس مرهقا

قوام نظرية الحوادث الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى هو ان يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد . والمعيار فى توافر هذا الشرط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة معيار مجرد مناطه الا يكون فى مقدور الشخص ان يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد دون اعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول او عدم توقعه والبحث فيما اذا كان الحادث الطارئ هو مما فى وسع الشخص العادى توقعه او انه من الحوادث الطارئة مما يدخل فى نطاق قاضى الموضوع طالما اقامها على اسباب مؤدية الى ما انتهى اليه

وفى حالة اعمال حكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مقسطا يجب على القاضى الا يعمل الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى لها قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، اما باقى الاقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شانها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا زوال اثر هذا الطارئ عند استحقاقها ويكون شان الاقساط فى ذلك لشان الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف . كما انه لا يجوز اعمال حكم الظروف الطارئة على الاقساط التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادص الطارئ وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقوع الحادث ذلك انه يشترط لتطبيق النظرية الا يكون تراخى تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الظروف الطارئ راجعا الى خطأ المدين "

تنص المادة ٢/١٤٧ من قانون المدنى على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول " ومناط تطبيق هذا النص ان يكون الالتزام الذى حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وان تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ .. اما اذا كان الالتزام الاصلى قد تغير فانه يمتنع تطبيقه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ان تغيير المواصفات الخاصة بنسبة الدسم والمواد الصلبة فى الالبان نتيجة القرار الصادر فى هذا الشأن بعد إبرام العقد وتنفيذه جزئيا يقتضى تعديل السعر المتفق عليه فإنه لا يكون قد خالف القانون او شابه القصور " . (١٩٦١/٥/١١ - ١٢-٤٦٦)

تطبيق حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على عقود البيع التى يكون فيها الثمن مؤجلا او مقسطا لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها – وهو رد الالتزام الى الحد المعقول – على الوجه الذى يتطلبه القانون ذلك ان القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى لها قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة اما باقى الاقساط المستقبلة فإن القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمالا بزوال اثر ذلك الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة " .(١٩٦٣/١/٣ -١٤-٣٧- وبنفس المعنى نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ -١٥-٤٠٩- ونقض ١٩٦٤/٤/٣٠ -١٥-٥٩٣) .

مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى انه يشترط فى الحادث الطارئ ان يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المالوف ونادر الوقوع ويكون الحادث الطارئ عاما اذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار اليها من انها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو الا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا او لم يتوقعه ، وتقدير هذا الامر هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على اسباب سائغة . (نقض ١٩٧٦/٣/٤ طعن ٥٨ ، ٦٥ س٤٠ق) .

قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – حادثاً استثنائياً عاما فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ذلك ان الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ قد توافرت فى قانون الاصلاح الزراعى سالف الذكر ، فهو يحكم كونه قانونا يعتر حادثا استثنائيا عاما لم يكن فى السوع توقعه ولا ممكنا دفعها ، ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشرعا لان نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى قد اطلق فى التعبير عن الحادث فلم يقيده بان يكون عملا او واقعة مادية " (١٩٦٥/٢/١٨-١٦-١٩١ – وبنفس المعنى قى ١٩٦٣/١/٣ -١٤-٣٧)

يصح اعتبار الفيضان العالى اعتباره كذلك سبق وقوع مثله فى الماضى – فاذا كان ما قرره الحكم المطعون فيه يفيد ان الفيضان على اطلاقه لا يعتبر قوة قاهرة لامكان توقعه " . ولم يبحث ما تمسك به الطاعن من ان الفيضان الذى اتلف زراعته كان فيضانا استثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ، فإن الحكم يكون قد شابه قصور فى التسبيب " (١٩٦٣/٤/١٨ – ١٤- ٥٦٠)

تشترط الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى لاجابة المدين الى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له ، ان تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد والبحث فيما اذا كان الحادث غير عام وما ى وسع الشخص العادى ان يتوقعه او انه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعه هو مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع مادام يقوم على اسباب تؤدى الى ما انتهى اليه ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر تخفيض المساحة التى تزرع قصبا – بالاطيان المبيعة – الى ٤٠ % حادثا استثنائيا عاما من شأنه تخفيض الربح ويبرر تخفيض الثمن وأقام قضاء على اسباب سائغة تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فان النعى يكون فى غير محله " (١٩٧٧/٣/١ فى الطعن ٥٨٠ لسنة ٤٣ق)

مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المالوف وناد الوقوع ، ويكون الحادث الطارئ عاما اذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس والمعيار فى توافر ما اشترطه النص فى وصف الحوادث المشار اليها من انها تلك التى لم يكن فى الوسع توقعها هو الا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا ام لم يتوقعه ، وتقدير هذا الامر هو ما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع متى اقام قضاءه على اسباب سائغة " .(١٩٧٥/٤٣٤-٢٦-٥١٥)

يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، فإذا تخلف احد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع ان يقع وفقا للمالوف من الامور بل يكفى لذلك ان تشير الظروف والملابسات الى احتمال حصوله ، كما لا يشترط ان يكون المدين قد علم بهذه الظروف اذا انت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لان عدم امكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب ان يكون مطلقا لا نسبيا اذ المعيار فى هذه الحالة موضوع لا ذتى " .(١٢/٦/فى الطعن رقم ٤ لسنة ٤٤ق)

مفاد نص المادة ٢/٤٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته ان يكون حادثا استثنائيا عاما ، غير ممكن توقعه ويخرج عن المالوف ونادر الوقوع ، ويكون الحادث الاستثنائى عاما اذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس ، واذ لم يتناول انون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بنصوصه التى صدر بها فى سبتمبر سنة ١٩٥٢ امر تخفيض المساحة التى تزرع محاصيل معينة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الاسباب التى استند اليها فى اعتبار تخفيض المساحة التى تزرع قصبا حادثا استثنائيا عاما يجيز للقضاء التدخل تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .. فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور فى التسبيب . (١٩٧٠/٥/٥-٢١-٧٨٧)

نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يستلزم في الارهاق الذى يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ ، ان يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة ، ومن ثم فإن الخسارة المالوفة فى التعامل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا تكفى لاعمال حكم الظروف الطارئة واذ كان الثابت ان الطاعنين قد تمسكوا فى مذكرتهم المقدمة امام محكمة الاستئناف بان الفارق بين ثمن الفدان من الاطيان المبيعة الثابت فى عقد البع وهو ٦٠٠ جنيها وبين ثمنه حسب تقدير الخبير بعد صدور قانون الاصلاح الزراعى وهو ٤٥٠ جنيها ليس من شأنه ان يجعل تنفيذ التزام المطعون ضدهم مرهقا يجاوز حدود السعة لان الفارق يعتبر من قبيل الخسارة المالوفة والتفاوت المعتاد فى الاسعار مما لا يسوغ معه تعديل الالتزام استنادا لنظرية الظروف الطارئة ، وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل هذا الدفاع الجوهرى الذى يتصل بشرط اساسى من شروط اعمال حكم الظروف الطارئة ، مكتفيا فى ذلك بالاحالة على الحكم السابق صدوره بندب خبير ، والذى لم يتعرض بدوره لهذا الدفاع ، او يقطع بتوافر شروط الارهاق ، بل قضى بندب الخبير ليتسنى له تقدير مدى توافره ، فان الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بقصور يبطله . (نقض ١٩٧٥/٦/٩ س٢٦ ص١١٦٣)

شرط الارهاق الذى يهدد بخسارة فادحة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - امر تخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضوعية متعلقة بالصفقة - لا الظروف المتعلقة بشخص المدين - وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه امام محكمة الموضوع بهذا الدفاع الذى اثاره بسبب الطعن ، فإنه لا يجوز له إثارته لاول مرة امام محكمة النقض . (نقض ١٩٧٠/١١/٢٤- ٢١ص ١١٤٨ ونقض ١٩٦٢/٥/١٠ س١٣ - ص١٢٩ ونقض ١٩٦١/١٢/٧س١٢ ص٧٥٢ ونقض ١٩٧٠/٢/١٥ س٢١ ص١٢٣٤ و١٩٧٧/٣/١س٢٨ ص٦٠٠) .

تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول - طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - رخصة من القانون ، يجب لاستعمالها ، تحقق شروط معينة اهمها شرط الارهاق المهدد بخسرة فادحة ، وتقدير مدى الارهاق الذى اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، ومناط هذا الارهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها ، لا الظروف المتعلقة بشخص المدين (نقض ١٩٧٠/١٢/١٥ طعن ٢٤٥ س٣٦ ق)

تشترط المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى لاجابة المدين الى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الالتزام مرهقا ان تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ، والمعيار فى توافر هذا الشرط - طبقا لما جرت به عبارة المادة سالفة الذكر - هو الا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصولها ولو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا ام لم يتوقعه . (نقض ١٩٦٩/١١/١١ طعن ٣١٧ س٣٥ق)

تدخل القاضى لرد الالتزام الى الحد المعقول طبقا للمادة ١٤٧ من التقنين المدنى رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة اهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة . وتقدير مدى الارهاق الذى اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ومناط هذا الارهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقه ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين " (نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ طعن ٤٧٥ س٣٤ ق) .

لا يجوز الاستناد فى نفى الارهاق الذى تتطلبه المادة ٢/١٤٧ مدنى الى انه لم يترتب على قانون الاصلاح الزراعى انخفاض فى اثمان الاراضى التى لم يجر الاستيلاء عليها ذلك ان المشرع قد اقر فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بانه ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ انخفاض اثمان الاراضى الزراعية عامة ، كما اقرت بذلك وزارة المالية فى المذكرة المقدمة منها الى مجلس الوزراء والتى وافق عليها المجلس بجلستها المنعقدة فى ١١ من اغسطس سنة ١٩٥٣) " .(١٩٦٤/٣/٢٦ -١٥-٤٠٩- وبنفس المعنى فى ١٩٦٤/٧/٢ -١٥-٨٩٥)

قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ توافرت فيه الشروط التى تطلبها القانون فى الحادث الطارئ ، فهو حكم كونه قانونا يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حادثا عاما واستثنائيا لم كن فى الوضع توقعه ولا ممكنا دفعه ، ولا يغير من ذلك كونه تشريعيا ذلك ان نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد اطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بان يكون عملا او واقعة مادية ، كما انه لا يغير من تطبيق هذه المادة ان البيع - موضوع التداعى - وقد اشترط فيه تقسيط الثمن فلا تنطبق عليه احكامها

اذن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التى يكون الثمن كله او بعضه مؤجلا او مقسطا ذلك ان تطبيق القانون حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى عليها لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليها فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول على الوجه الذى يتطلبه القانون ، لان القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط او الاقساط التى يثبت له ان اداء المشترى لها قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، اما باقى الاقساط المستقبلة فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين ان هناك احتمال بزوال اثر ذلك حادث عند استحقاقها ، ويكون شأن الاقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة " (١٩٧٣/٥/٢٣ -٢٤-٧٩٩ – وبنفس المعنى ١٩٦٣/١/٣ – ١٤-٣٧)

لا يكفى فى نفى قيام شرط الارهاق – كشرط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة – القول بأن قانون الاصلاح الزراعى ليس سببا فى هبوط ثمن الاطيان وانما يرجع ذلك الى انخفاض اسعار القطن ذلك انه علاوة على ان المشرع قد قرر فى مذكرته الايضاحية للقانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ بانه قد ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى انخفاض اثمان الاراضى الزراعية وتحديد قيمتها الايجارية فانه يجب ان ينظر عند تقدير الارهاق الى الصفقه التى ابرم فى شأنها العقد مثار النزاع مما يتعين معه على المحكمة ان تبث اثر هذا القانون على ذات الصفقه محل التعاقد (نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦٣ س٢٦ق) .

يجب ان ينظر عند تقدير الارهاق الذى ترتب على الحادث الطارئ الى الصفقه التى ابرم فى شأنها العقد مثار النزاع ، ومن ثم فإن لتقرير ما اذا كان قد ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى ارهاق للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يتعين على المحكمة ان تبحث اثر هذا القانون على ذات الصفقه محل التعاقد وتتبين ما اذا كان قد طرأ انخفاض ثمن الاطيان المبيعة نتيجة صدور ذلك القانون او لم يطرأ . ومدى ما سببه هذا الانخفاض – فى حالة تحقق حصوله – من ارهاق للمدين ، اذ يشترط فى الارهاق الذى يبرر تطبيق حكم الظروف الطارئة ان يصل الى حد نهديده المدين بخسارة فادحة ، مما ينتج عنه ان الخسارة المالوفة فى التعامل لا تكفى للافادة من هذا الحكم (نقض ١٩٦٤/٧/٢ طعن ١٨٧ س٢٩ق)

يجب ان ينظر عند تقدير الارهاق الذى ترتب على الحادث الطارئ الى ذات الصفقه التى ابرم شأنها العقد مثار النزاع ، ومن ثم فانه لتقدير ما اذا كان قد ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى ارهاق للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الفقره الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى يتعين على المحكمة ان تبحث اثر هذا القانون على الصفقه محل التعاقد وتتبين ما اذا كان قد انخفض ثمن هذه الصفقه نتيجة صدور القانون المذكور او لم ينخفض ومدى ما سببه هذا الانخفاض – فى حالة تحقق حصوله – من ارهاق للمدين ، اذ يشترط فى الارهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ ان يكون من شانه تهديده بخسارة فادحة . ولذلك فان الخسارة المالوفة فى التعامل لا تكفى لاعمال حكم الظروف الطارئة (نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٣٦٨ ص٢٩) .

الدفــع بالفســخ :

المقصود بالفسخ :

هو انحلال الرابطة العقد بأثر رجعى وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يختلف فيه احد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الاخر فسخه فيتمكن بذلك من تنفيذ ما التزمه به (عبد الحميد الشواربى – مرجع سابق) .

وتنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه " ١- فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض .

٢- ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اعجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

وجاء بمذكرة المشرع التمهيدى " ... فاذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ... تعيين ان يستجيب القاضى لهذا الطلب وجاز له ان يحكم بالتعويض .. اما اذا اختار الفسخ فلا يجبر القاضى على اجابته اليه .. على ان للقاضى ان يجب الدائن الى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع الزام المدين بالتعويض .. ولا يكون التعاقد ذاته – فى حالة الفسخ – اساسا للالزام بالتعويض اذ هو ينعدم انعداما ستند اثره بفعل الفسخ وانما يكون مصدر الالتزام فى هذه الحالة خطأ المدين او تقصيره على ان القاضى لا يحكم بالفسخ الا بشرط ثلاثة : اولها ان يظل تنفيذ العقد ممكنا ، والثانى ان يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث المدين على تخلفه .. فاذا اجتمعت هذه الشروط الثلاثة تحقق بذلك ما ينسب الى المدين من خطأ او تقصير " ..

وتنص المادة ١٥٨ على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعنى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه " .

فيلاحظ مما تقدم أن الفسخ صورة من صور المسئولية العقدية ويتمثل فى حل الرابطة العقدية جزاء اخلال احد طرفى العقد الملزم للجانبين باحد التزاماته الناشئة عن العقد ، والاصل الا يقع الا بحكم القاضى وهو ما يعرف بالفسخ القضائى – الذى تتعرض له المادة الحالية – ود يقع بحكم الاتفاق وهو ما يعرف بالفسخ الاتفاقى .. الذى تتعرض له المادة ١٥٨ ، ويتميز كلاهما عن الانفساخ الذى تعرض له المادة ١٥٩ فى ان الاخير يقع بقوة القانون حين يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب اجنبى لابد للمتعاقد فيه ، اما الفسخ فيكون عند تخلف تنفيذ الالتزام بسبب تقصير المدين سواء ظل التنفيذ العينى ممكنا ولكن امتنع عنه المدين ، او اصبح مستحيلا بسبب خطأ منه ففى هذه الحالة الاخيرة لا ينفسخ العد من تلقاء نفسه بل يظل قائما بحكم المسئولية العقدية ويكون للدائن ان يطلب على اساسها اما فسخ العقد جزاء اخلال المدين بالتزامه واما التنفيذ بطريق التعويض على اساس المسئولية العقدية (يراجع فى ذلك جمال زكى بند ٢٠٩ الشرقاوى بند ٧٧ – السنهورى بند ٤٨٨)

أنــواع الفســخ :

يقع الفسخ بناء على حكم يقضى به ، أو بتراضى الطرفين أو بحكم القانون ، وبذلك يكون الفسخ قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا .

اولا : الفسخ القضائى :

جاء فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على انه :

فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخة ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضى .

ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قبل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته .

ولقد جاء فى بالمذكرة الايضاحية .. أنه فى حالة الفسخ القضائى يتخلف احد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم ان الوفاء لا يزال ممكنا ، ويكون العاقد الاخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على ان يكون قد اعذر المدين من قبل ، فإذا اضار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل فى حدود الامكان ، كما هو حكم الفرض ، تعيين ان يستجيب القاضى لهذا الطلب ، وجاز له ان حكم بالتعويض اذا اقتضى الحال ذلك ، اما اذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضى على اجابته اليه ، بل يجوز له ان ينظر المدين الى ميسرة اذا طلب النظرة ، مع الزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل يجوز له ان يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئيا ، ان يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه ، اذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الاهم فى الالتزام ، على ان للقاضى ان يجيب الدائن الى طلبه ، ويقضى بفسخ العقد ، مع الزام المدين بالتعويض دائما ، ان كان ثمة على ذلك ولا كون التعاقد ذاته فى حالة الفسخ ، اساسا للالزام بالتعويض . اذ هو ينعدم انعداما يستند اثره بفعل الفسخ ، وانما يكون مصد الالزام ، فى هذه الحالة ، خطأ المدين او تقصيره .

إلا أن القاضى لا يحكم بالفسخ الا اذا توافرت ثلاثة شروط وهى :

١- ان يكون العقد ملزما للجانبين :

العقود الملزمة للجانبين هى التى يرد عليها الفسخ بجميع انواعه القضائى والاتفاقى والقانونى .

والعقد الملزم للجانبين هو العقد التى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل ان يلتزم المشترى بدفع الثمن ، والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الاخر .

اما العقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذى لا ينشى التزامات الا فى جانب احد المتعاقدين فتكون مدنيا غير دائن ، ويكون المتعاقد الاخر دائنا غير مدين ، ومثالها الوديعة غير المأجورة والكفالة غير المأجورة والهبة بغير عوض .

وفى العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزامه كان للمتعاقد الاخر ان يفسخ العقد .

اما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الفسخ ، لان المقصود منه هو ان يتحلل الطرف الاخر من التزامه والتزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فيبقى ان يطلب تنفيذ الالتزام الثابت فى ذمة الطرف الاول .

وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ ، سواء كان العقد زمنيا او وقتيا :

وقد قضت محكمة النقض بأنه ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الاخر بالتزامه هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من النصوص المكملة لارادة المتعاقدين ولهذا فان هذا الحق يكون ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق او الحد من نطاقه الا باتفاق صريح " (١٩٧٨/٢/٢٥ الطعن رقم ٧٥٤ سنة ٤٣ق ق وبنفس المعنى ١٩٦٩/٢/٣ - م نقض م - ٢٠-٣٢٥ - ونقض ١٩٦٦/٣/٢٤- م نقض م - ١٧ - ٧٠٨ وبأن " الفسخ القضائى كما يرد على البيع بالممارسة يرد على البيع بالمزاد العلنى جبريا كان او اختياريا .. لما كان ذلك ، وكان الطاعنان قد اختارا طلب فسخ البيع لتخلف الراسى عليه المزاد عن الوفاء بالتزاماتهم بالبندين المشار اليهما بقائمة شروط البيع ، وكان لا يبين من هذين البندين ان ثمة نصا على اعتبار البيع مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى اعذار او حكم قضائى عند تخلف الراسى عليهم المزاد عن تنفيذ التزاماتهم فى المواعد المتفق عليها ، وكان ما اشتمل عليه البندان المذكوران من شروط لا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين فان محكمة الموضوع وقد رات فى حدود سلطتها التقديرية الا تقضى بالفسخ اعمالا للشرط الفاسخ الضمنى كنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى لما تبين من ان الباقى من الفوائد المدعى بها قليل الشأن بالقياس الى مقدار الثمن فى جملته ، لا تكون قد خالت القانون او اخطأت فى تطبيقه " (١٩٧٩/٦/٢١ الطعن رقم ٤٠٥ سنة ٤٦ق) وبأن " الفسخ يرد على الصلح ، كما يرد على سائر العقود الملزمة للجانبين فاذا لم يقم احد المتصالحين بما اوجبه الصلح فى ذمته من التزامات جار للمتعاقد الاخر ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له محل ، (١٩٧٥/١٢/٣٠ - م نقض م - ٢٦- ١٧٣٥) وبأن " حق رب العمل فى فسخ العقد لاخلال العامل باحد التزاماته الجوهرية فى العقد المحدد المدة يرجع فى اصله الى ان عقد العمل ملزم لطرفيه ويرتب فى ذمتها التزامات متبادلة تسوغ لاحدهما التحلل من رابطة العقد اذا امتنع الطرف الاخر عن تنفيذ التزامه او اخل به " (١٩٥٩/٦/٢٥ - م نقض م - ١٠-٤٩٤) .

كما قضت بأنه " لما كان الاقرار اخبارا بامر وليس انشاء لحق فلا ترد عليه احكام الفسخ ، فان الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على ان عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما ابرم من اجله ، بان ذلك العقد ينطوى على اقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكا فى العقار ، وان هذا الاقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح ، فان هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " (١٩٧٢/١٢/٥ - م نقض م - ٢٣ - ١٣١٧) .

ويسرى على العقد الادارى مادام ملزم للجانبين :

فقد قضت محكمة النقض بأن " العقد الادارى يرد عليه الفسخ برضاء الطرفن شانه فى ذلك شأن العقد المدنى واذا كان ذلك العقد تحكمه اصول القانون الادارى وهى تقضى بانه يحق لجهة الادارة فى حالة عدم التنفيذ ان تصادر التامين وتفرض على المتعاقد جزاءات مالية دون حاجة للالتجاء للقضاء للحكم بها دون ان تلتزم باثبات ان ضررا قد اصابها ، الا ان لجهة الادارة ان تقدر الظروف التى تم فيها الفسخ فتعفى المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها او بعضها بما فيها ذلك مصادرة التامين وتوقيع الغرامة " (١٩٧٥/٦/٣ - م نقض م - ٢٦- ١١٤١) .

٢- اخلال الطرف المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد سواء كان الاخلال كليا او جزئيا او كان التنفيذ معيبا ... ويتعين ان يكون تخلف المدين عن تنفيذه راجعا الى تقصيره ، اما اذا كان راجعا الى استعمال حق مشروع له كحقه فى الدفع بعدم التنفيذ او الحبس ، فلا يتحقق موجب قيام حق الطرف الاخر فى ايقاع الفسخ ، وكذلك لو كان عدم التنفيذ راجعا الى صيرورة هذا التنفيذ مستحيلا بسبب اجنبى لا يد له فيه انفسخ العقد بقوة القانون وانقضى الالتزام المقابل ولم يعد هناك محل لايقاع الفسخ (السنهورى بند ٤٦٩ حتى ٤٧١ - جمال زكى بند ٢١٢ - مرقص بند ٣٠٨ - حجازى بند ٥٩١ - الشرقاوى بند ٧٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " اذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على ان الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى اسبابه الى ان المطعون عليهما - المشتريين - كانا معذورين فى التاخير فى اعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك ثم قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون ان يبين ما اذا كان الطاعنان - البائعان - المقضى ضدهما بالفسخ ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد اخلال يستوجب الفسخ فانه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب " (١٩٧٥/٣/٢٣ -م نقض م - ٢٦- ٤٥٧) وبأنه " لئن كان الافلاس بمجرده لا يعتبر سببا لفسخ عقد الايجار . الا انه اذا كان المفلس هو المستأجر ، ولم يكن له حق التأجير من الباطن او التنازل عن الايجار فان الاذن الذى يصدره مامور التفليسه ليمكن وكيل الدائنين من الاستمرار فى الاتجار ليس من شأنه ان يرتب انتقاص حقوق المؤجرة ولا يحول دون الاخير والمطالبة بفسخ عقد الايجار الاصلى تطبيقا للقواعد العامة او استنادا الى شروط العقد ، واذ عول الحكم المطعون فيه على موافقة مامور التفليسة على شروط واوضاع العقد المبرم بين وكيل الدائنين وبين باقى المطعون عليهم واعتبره بهذه المثابة تصرفا قانونيا ، رغم ان هذه الموافقة لا تجدى فى تحديد التكييف القانونى للعقد ، كما ان قرارات مامور التفليسة ليست حجة على المؤجر فى علاقته مع المفلس طالما انطوى عقد الايجار الاهلى المبرم بينه وبين المفلس فى البند السادس عشر على حظر احلال اخر محل المستاجر ، او توكيل غيره او تأجير العين من الباطن او نزول عنها كليا او جزئيا ، فانه يكون قد خالف القانون " (١٩٧٨/١٠/٢٥ فى الطعن رقم ٩٨٩ سنة ٤٤ق) وبأنه اذا كانت محكمة الموضوع قد استنتدت فى قضائها بفسخ عقد البيع الى ان البائع قد التزم فى ذات العقد بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من الحقوق العينية والقيود واعتبرت هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية فى مقود المتعاقدين وقت التعاقد وان عدم وفاء البائع به رغم اعذاره يسوغ فسخ العقد طبقا للمادة ١/١٥٧ من القانون الالتزامات الجوهرية فى مقصود المتعاقدين وقت التعاقد وان عدم وفاء المدنى ، فان محكمة الموضوع تكون قد مارست سلطتها الموضوعية فى تفسير العقد بما لا يخرج عن مدلوله الظاهر وفى اعتبار الالتزام المنصوص عليه فى العقد سالف الذكر التزاما جوهريا - وهو التزام غير التزام البائع بضمان الاستحقاق

كما انها حين رتبت على الاخلال بهذا الالتزام وامتناع البائع عغن الوفاء به بعد اعذاره فسخ العقد لا تكون قد خالفت القانون " (١٩٦٦/٢/٢٤- م نقضم - ١٧ - ٤٤٣) وبان " العد الذى تعقده الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة اشغال عامة سواء اعتبر عدا مدنيا ام عقدا اداريا فان وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه اذا اخل المقاول بالتزاماته المحددة فيه " (١٩٥٤/٤/٢٢ - م ق م - ١٥٦ - ٨٥٧) وبانه اذا كان النص الوارد فى عقد البيع لا يوجب الفسخ حتما ولكن قضت به المحكمة بناء على ما تبينته من وقائع الدعوى وادلتها المطروحة عليها من ان المشترى (مشتر ارضا من مصلحة الاملاك) تعهد باقامة معامل صناعية عليها فى مدى ثلاث سنوات من تاريخ العقد) قد بدأ منه فى مدى ثمانى السنوات التى تحدث عنها الحكم ما يدل على انه لا يعتزم اقامة الابنية المتفق عليها فان ما يثيره هذا المشترى من ان نشوب الحرب بعد مضى ثمانى السنوات المذكورة هو الذى حال دون قيامه بالتزامه لا يجديه ما دامت المحكمة قد جزنت بان نيته فى عدم اقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب ، وهى لا معقب علها فيما استخلصته من ذلك " (١٩٤٥/٥/٣١- م قص م -١٤٢ - ٨٥٥)

كما قضت بأن الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فان كان من حق المشترى قانونا ان يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا " (١٩٦٧/١/١٩ - م نقض م - ١٨- ١٤٣) وبأنه " اذا اشترط فى عقد بيع التزام المشترى باحضار شهادة بشطب اختصاص على العين المبيع والا كان العقد لاغيا بغير تنبيه او انذار فقررت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية ان المشترى قد حصل على اقرار من الدائن صاحب حق الاختصاص بشطبه وان هذا الاقار هو الامر الجوهرى فى التزامه وان ما بقى من اجراءات الشطب قد كان ميسورا حصوله ولم يعق اتمامه الا تصرفات البائع الكيدية وسعيه فى نقض ما تم من جهته بطرق ملتوية ، فلا تكون المحكمة اذ لم تجب البائع الى طلب الفسخ قد خالفت القانون " (١٩٥١/١٢/٢٧ - م ق م - ١٣٨- ٨٥٤) وبانه " اذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح وكان طلب الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى فان محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الاخلال الجزئى اذا ما بان لها ان هذا الاخلال هو من قلة الشان بحيث لم يكن يستاهل فى قصد المتعاقدين فسخ العقد وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها " (١٩٤٧/١٢/٤ - م ق م - ١٤٠ - ٨٥٤) وبانه " اذا كان البائع غير محق فى رفع دعوى فسخ عقد البيع بعد ان اظهر المشترى تمسكه بالعقد وعرض على البائع تنفيذه عينا فى الوقت الذى كان فيه هذا التنفيذ ممكنا فان البائع يكون ملزما بمصروفات الدعوى وفا للمادة ٣٥٧ من قانون المرافعات

كما قضت بأنه يعتبر الفسخ واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع ، بخروج المبيع من ملكه ويجعله مسئولا عن رد الثمن ، ولا يبقى بعد الا الرجوع بالتضمنيات اذا كانت الاستحالة بتقصيرة ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد جعل الطاعن (البائعة) مسئولية عن رد الثمن بسبب استحالة التنفيذ بعد انتقال ملكية الاطيان المبيعة الى الغير بعقد البيع المسجل ، ثم رتب على فسخ البيع الزام البائع برد الثمن فان الحكم يكون مقاما على اسباب تكفى لحمل قضائه ولا عليه ان هو اغفل الرد على ما تمسكت به الطاعنة (البائعة) فى دفاعها من عدم جواز مطالبتها بالثمن قبل طلب الفسخ " (١٩٧١/٦/٣ - م نقض م - ٢٢ - ٧٣٤) ويلاحظ ان هذا الحكم قد ينطوى على اجراء احكام الانفساخ القانونى على حالة استحالة التنفيذ نتيجة خطأ المدين فى حين ان هذه الحالة تخضع لاحكام الفسخ لا الانفساخ حسبما اشرنا من قبل وحسبما يبين من حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٦٩/٤/٨ - م نقض م - ٢٠- ٥٧١) المنشور فى التعليق على نفس المادة فى الفقرة الثالثة واحكامها الاخرى المنشورة فى التعليق على المادة ١٥٩).

٣- ان يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادرا على اعادة الحال الى اصلها :

فيجب ان يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين، فليس من العدل ان يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام.

فإذا كان طالب الفسخ مقرا فلا يجوز له ان يطلب توقيع جزاء هو احرى بان يوقع عليه.

وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة ان تقضى بفسخ العقد استناداً الى تأخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون ان يبحث ما تمسك به (المشترى) من تخلف (البائعين) من الوفاء بالتزامهم بالستليم .

اما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب اجنبى ، فان العقد يفسخ بحكم القانون ، ولما كان فسخ العقد من شأنه ان يعيد الشئ الى اصله ، فلابد للحكم بالفسخ ان يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادرا على ورد ما اخذ ، فإذا كان قد تسلم شيئا بمقتضى العقد وباعه الى اخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لانه لا يستطيع ان ينزع الشئ من يد المشترى ليرده الى من تعاقد معه اذا فى هذا اخلال بالتزام الضمان .

وقد فضت محكمة النقض بأنه " لا يكفى للحكم بالفسخ ان يكون الفسخ واردا على عقد ملزم للجانبين وان يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير السبب الاجنبى وانما يشترط ايضا ان يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة الى تنفيذه من يوم تحريره فاذا كان قد اخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له ان يطلب فسخ العقد لعدم قيا الطرف الاخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام (١٩٦٩/٤/٨ – م نقض م – ٢٠- ٥٧١) وبأنه اذ كان يشترط لطلب فسخ البيع ان يكون البائع اوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى اذا كان وقعت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد استنادا الى تاخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون ان يبحث ما تمسك به الطاعن – المشترى – من تخلف المطعون ضدهم – البائعين – من الوفاء بالتزامهم بالتسليم ، فانه يكون معيبا " (١٩٧٥/٤/٢٨ – م نقض م – ٢٦- ٨٤٠ – ويراجع نقض ١٩٧٨/١/١٩ فى الطعن ٥٨ سنة ٤٤ق المنشور فى التعليق على المادة ٤٣٩) وبانه مادامت المحكمة قد اعتبرت ان التقصير جاء من المشترى دون البائع فلا يحق للمشترى قانونا ان يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ " (١٩٥١/٣/٨ – م ق م – ١٥٣ – ٨٥٧) وبان الخيار المقرر للبائع فى المادة ٣٣٢ من القانون المدنى شرطة ان يكون البائع قد وفى بما التزم به فى عقد البيع او على الاقل اظهر استعداده للوفاء به ، فإذا تحقق هذا الشرط وتاخر المشترى عن اداء الثمن كان البائع مخيرا بين طلب فسخ البيع وطلب الزام المشترى بالثمن ، اما حيث يكون البائع قد تخلف عما التازم به فان تخلفه هذا من شانه ان يحول بينه وبين طلب الفسخ ذلك بان ما جاء بالمادة ٣٣٢ من القانون المدنى ليس الا تطبيقا محضا لقاعدة الشرط الفاسخ الضمنى التى تسرى على جميع العقود التبادلية ومن المقرر فى هذه القاعدة ان طلب الفسخ المؤسس على تقصير احد العاقدين لا يكون حقا للعاقد الاخر الا اذا كان قد وفى بالتزامه او اظهر استعداده للوفاء به وعلى ذلك فاذا كان الواقع الذى اثبتته محكمة الموضوع ان البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائى فان قضاءها برفض دعواه التى طلب فيها الفسخ تأسيسا على انه قصر فى القيام بتعهده لا تكون فيه مخالفة للقانون (١٩٤٦/٣/٢١ – م قم – ١٥١- ٨٥٦)

كيفية فسخ عقد البيع :

جاءت الفقرة الاولى من المادة١٥٧ مدنى تقضى بوجوب ان يعذر البائع المشترى ان يدفع الثمن ثقبل ان يرفع دعو الفسخ ، واذا لم يعذر البائع المشترى قبل رفع الدعوى ، فان رفع الدعوى بالفسخ بعد اعذارا ولكن الاعذار السابق على رفع الدعوى تظهر اهميته العملية فى انه يجعل القاضى اسرع استجابة الى طلب الفسخ ، والى الحكم بمصروفات الدعوى على المشترى ، والى الحكم عليه ايضا بتعويض فوق الحكم بالفسخ . على ان المشرع قد يقبل الدائن عن واجب الاعذار قبل المطالبة بالفسخ فى حالات معينة ، من ذلك نصت عليه المادة ٢٢٠ مدنى .

لا ضرورة للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين (كما لو كان التزاما بامتناع عن عمل شئ وخالفه (المدين) ، او اذا كان المدين قد صرح كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه .

ومن ذلك ايضا ما نصت عليه المادة ٤٦١ فى شأن بيع المنقولات من انه :

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون المبيع مفروضا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .

غير أن حكم هذه المادة يعتبر حكما استثنائيا أتى على خلاف القاعدة العامة ، لأنه يبيح للبائع فقط إذا انقضى الميعاد المحدد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، ان يعتبر العقد مفسوخا دون حاجة الى اعذار او صدر حكم قضائى بالفسخ . لذا يعتبر الفسخ هنا فسخا قانونيا لا قضائيا .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اعذار المدين هو وضعه قانونا فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه ، والاصل فى هذا الاعذار ان يكون بورقة رسمية من اوراق المحضرين يبين الدائن فيها انه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد اعذارا اعلان المترى بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته الا اذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام " (١٩٧٩/١/٢٥ الطعن ٥٤٤ سنة ٤٨ق) وبان " الاعذار هو وضع المدين وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه ، وقد بينت المادة ٢١٩ من القانون المدنى الاجراءات التى يتم بها الاعذار فنصت على ان "يكون اعذار المدين بانذاره او بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز ان يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات " فالاصل فى الاعذار ان يكون بانذار المدين على سد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه ويقوم مقام الانذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه ، ولا يتطلب القانون ان تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه ، ذلك لان الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم ان ينبه المدين اليهما قبل رفع الدعوى بطلب ايهما واذا كان بروتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم باعلانها المحضر الى المدين فى السند لاثبات امتناعه عن الدفع وقد نصت المادة ١٧٤ من قانون التجارة على ان يعمل البروتستو على حسب الاصول المقررة فيما يتعلق باوراق المحضرين كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون ان تشتمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمى على المدين بدفع قيمة السند فان البروتستو يعتبر اعذارا للمدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الاعذار " (١٩٦٤/١١/١٢ – م نقض م – ١٥- ١٠٢٨) وبان النص فى عقد البيع على حق المشترى فى التنازل عنه للغير وحصول هذا التنازل بالفعل لا يحرم البائع من استعمال حقه فى طلب فسخ ذلك العقد عند قيام موجبه ولا يلزم بتوجيه الاعذار الى الى المشترى منه اما المتنازل اليه فليس طرفا فى العقد المطلوب فسخه ومن ثم فلا ضرورة لا عذاره " (١٩٦٦/٣/٢٤ – م نفض م –١٧-٧٠٨)

كما قضت بأنه : لا ضرورة للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين ، واذ كان يبين من الحكم المطعون فيه ان اعتبر الاخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فان مفاد ذلك ان الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد اصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذا قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق اعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون " (١٩٦٦/٤/٥ – م ق م – ١٧-٧٩٧ وبانه " وان كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى ان ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا الا ان محل ذلك الا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فاذا كان المشترى قد عرض ثمنا اقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا تكون هناك جاجة لكى يصبح الحكم بالفسخ – الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق " (١٩٥٦/٥/٣١ – م نقض م – ٧- ٦٣١)

كما قضت بأنه لا يعتبرعقد البيع فى ظل القانون المدنى القديم والجديد على السواء- مفسوخا اعمالا للشرط الفاسخ الضمنى بمجرد تخلف البائع والمشترى عن القيام بالتزامه بل يتعين لكى تقضى المحكمة باجابة من يطلب الفسخ الى طلبه ان يكون قد نبه على الطرف الاخر بالوفاء حتى صدور الحكم النهائى فاذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل ذلك امتنع قانونا جواز الحكم بالفسخ " (١٩٥٧/٢/٢١ – م نقض م – ٨- ١٥٨ – وبنفس المعنى فى ١٩٥٥/١١/٢٤ و ١٩٥٢/٥/١ -م ق م – ١١٥ و ١١٤ – ٨٥٩) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشئا للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ القضائي من اعمال التصرف فيجب ان تتوافر اهلية التصرف فى البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون اذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة ، اما في الفسخ الاتفاقي فان الحكم يكون مقررا للفسخ لا منشئا له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من اعمال الادارة يستطيع الوصى ان يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائى ان الحكم بفسخ البيع ليس محتما على القاضى وان الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدنى تقول : ويجوز للقاضى ان يمنح المدين اجلا اذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته " . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي – كما رأينا – تقضى بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ اذا كان البائع مهددا ان يضيع عليه المبيع والثمن ، فإذا لم يكن مهددا بذلك جاز للقاضى ان ينظر المشترى الى اجل تقدر مدته تبعا للظروف على ان يدفع المشترى الفوائد القانونية اذا لم يتفق على فوائد اخرى ، فإذا انقضى الاجل دون ان يدفع المشترى الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون انظار المشترى الى اجل اخر فالحكم بالفسخ القضائى اذن لا يكون محتما على القاضى كما قدمنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ ان يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب الى طلب التنفيذ كما ان له اذا رفع دعوى التنفيذ ان يعدل عن طلب التنفيذ طلب الفسخ ولكن لا يجوز له الرجوع بين التنفيذ والفسخ فى طلب واحد وإذا كان قد نزل عن احد الطلبين فلا يستطيع الرجوع اليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهما لا يعتبر كما رأينا نزولا منه عن الطلب الاخر .

وللمدين هو ايضا قبل الحكم النهائى بالفسخ أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ وانما يجوز للقاضى فى هذه الحالة ان يحكم عليه بالتعويض اذا كان له مقتض وبخاصة اذا كان البائع قد اعذره قبل رفع الدعوى .

والقاضى اخيرا سلطة تقديرية فى اجابة البائع الى طلب الفسخ كما سبق القول ، فقد يقضى بالفسخ اذا كانت الظروف تبرر ذلك وبوجه خاص اذا راى البائع مهددا ان يضيع عليه المبيع والثمن ، كما اذا كان المبيع دارا تسلمها المشترى واخذ فى هدمها ، او كان المبيع منقولا وخشى ان يبيعه المشترى لمشتر ثان حسن النية فيمتلكه بالحيازة ، وقد يرى القاضيالا مبرر لفسخ البيع لا سيما اذا كان المشترى قد دفع اكثر الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعا فيفى بالتزامه ، ففى مثل هذه الاحوال يرفض القاضى طلب الفسخ ، ويمنح المشترى مهلة لدفع الثمن او الباقى منه ، وهذه المهلة يقدر القاضى مدتها بحسب الظروف ، وهى نظرة الميسرة (délai de grâca) المنصوص عليها فى المادة ٢/٣٤٦ مدنى على الوجه الاتى : " على انه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، ان ينظر المدين الى اجل معقول او اجال ينفذ فيها التزامه ، واذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التاجيل ضرر جسيم " ، وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : ١) ان المشترى يدفع ، فى المهلة التى أنظر اليها ، الفوائد القانونية اذا كان لم يتفق على فوائد اخرى ، وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، اما اذا لم يكن متفقا على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى الا تطبيقا للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع فى صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطى فى حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . ٢) اذا أمهل المشترى مدة ولم يدفع الثمن اثناء المهلة ، لم يجز امهاله مدة اخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى امامنا الا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدنى فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بجواز ان يمنح القاضى المشترى اجلا اذا اقتضته الظروف ذلك وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدنى وهذه تقضى بجواز ان يمنح القاضى المشترى اجلا معقولا او اجالا ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن ، ومن ثم وجب القول انه اذا اعطى القاضى اجلا للمشترى فى دعوى الفسخ ، وجب على المشترى دفع الثمن فى غضون هذا الاجل ، وليس للقاضى ان ينح المشترى اجلا اخر ويعتبر البيع مفسوخا بعد انقضاء الاجل الممنوح دون ان يفى المشترى بالثمن . وهذا بخلاف الاجل الذى يمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز ان يتكرر طبقا للمادة ٢/٣٤٦ مدنى ، كما يجوز اعطاء اجل اخر فى دعوى الفسخ اذا كان الاجل الاول اعطى فى دعوى التنفيذ .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقادم بها ، فتتقادم اذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ويكون ذلك عادة عند الاعذار .

وتسقط دعوى الفسخ ايضا بالنزول عنها صراحة او ضمنا كما اذا وافق البائع على تصرف المشترى فى المبيع ، ويتغير ذاتية المبيع كما اذا كان غزلا فنسج .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة اذا كان المبيع لا يزال فى يد المشترى ، فإن كان عقارا أمكن رفع الدعوى امام محكمة العقار وهى دعوى شخصية محضة اذا خرج المبيع من يد المشترى ، فيجب رفع الدعوى فى هذه الحالة امام محكمة موطن المشترى

وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ مفترض دائما فى كل عقد تبادلى فالافصاح عنه فى العقد لا يعد خروجا على احكام القانون بل هو توكيد لها " وعلى ذلك فأن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى الى انفساخ العد مادام ان من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلبه " (١٩٥٦/١٢/١٣ - م نقض م – ٧ – ٩٧٥) وبأنه اذا كان المشترى قد طلب الحكم له باسترداد ما عجله من الثمن وببراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع فانه يكون قد طلب ضمنا فسخ العقد ، واذ كان مقتضى اجابته الى هذا الطلب اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد فيسترد المشترى ما عجله من الثمن وتبرأ ذمته من الباقى عليه منه على ان يكون للبائع استرداد المبيع فإن الحكم المطعون فيه اذا قضى للمشترى بطلباته لا يكون قد خالف القانون " (١٩٦٦/١٠/٢٠ – م نقض م – ١٧- ١٥٥٢) وبأنه " اذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لاعلانه بها فان للمحال له ان يقاضيه فى شان الحقوق المحال بها دون حاجة الى اختصام المحيل لان الحق المحال به ينتقل الى المحال له مع الدعاوى التى تؤكد ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لانها تكفل للمشترى ان يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به " (١٩٦٨/٢/٢٢ – م نقض م – ١٩- ٣٥٧) وبأنه " اذا لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن ، فان الفسخ لا يقع فى هذه الحالة الا اذا اصدر به حكم من القضاء (١٩٦٢/٢/٨ – م نقض م – ١٣- ١٩٦ ، وبنفس المعنى فى ١٩٤٤/٦/٨ – م ق م – ١٢٢ – ٨٥٢ ، ١٩٣٢/١٢/٨ –م ق م – ١٢١ – ٨٥٢) وبأنه " الفسخ اذا لم يشترط بنص فى العقد فانه يكون – وعلى ما جرى به ضاء محكمة النقض – طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى خاضعا لتقدير قاضى الموضوع بحكم بالفسخ او يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامه وان كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ ، فان القضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوج الحكم بالفسخ حتما ، اذ لا ينطوى منح الاجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وانما تبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية فيظل العقد قائما يكون الوفاء بالتزام لا زال ممكنا بعد القضاء الاجل حتى صدور الحكم النهائى ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التاخير فى الوفاء ليقضى بالفسخ او برفضه " (جلسة ١٩٨١/٤/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ق ، جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ ص١٢٢٠) .

الخيار بين التنفيذ والفسخ :

يجوز للدائن بعد ان يرفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم الى طلب التنفيذ العينى ، كما أن له اذا رفع دعوى بالتنفيذ العينى أن يعدل الى طلب الفسخ ما لم يكن قد نزل عن الحق فى الفسخ ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بالتنفيذ العينى والتى عدل فيها الى طلب الفسخ نزولا عن طلب الفسخ (السنهورى بند ٤٧٥ – جمال زكى بند ٢١٦)

وقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا كانت المحكمة قد قررت ان للمشترى عند تاخير البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى او طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر فان هذا الذى قررته المحكمة هو صحيح فى القانون " (١٩٥٢/١٢/٢٥ – م ق م – ٢٥ – ٨٥٢) .

ويسقط حق الدائن فى طلب الفسخ بالتنازل عن الحق فى الفسخ وقد يكون هذا التنازل صريحا كما قد يكون ضمنيا :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لئن كان البائع ان يطلب فسخ العقد اذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقى الثمن عملا بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى ، الا انه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تنازل عنه صراحة او ضمنا (١٩٧٥/٥/٢٥ – م نقض م – ٢٦- ١٠٧٢) وبأنه اذا كان يبين مما اورده الحكم المطعون فيه – برفض دعوى البائع بطلب الفسخ انه قد استخلص لاسباب سائغة ان الطاعن تنازل ضمنا عن الطلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد ان نفذ على الزراعة القائمة بها ، فان مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو ان تكون جدلا موضوعا فيما يستقل به قاضى الموضوع " _١٩٧٥/٥/٢٥ – م نقض م ٢٦- ١٠٧٢) وبأن استنباط الادلة من الوقائع الثابتة مما يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض ، متى كان استخلاصها سائغا واذا كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد امام اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم اقرار الطاعن بتعهده بعدم التأخر فى سداد الثمن كله او جزء منه وتمسكهم بمحتواه ، كلها امور واقعية ليست لها دلالة قانونية معينة قبلهم فلا تصلح بذاتها لاثبات تنازلهم عن حقهم فى طلب فسخ العقد وكانت محكمة الموضوع قد خلصت الى ما جاء فى الحكم المطعون فيه من انه " ليس فى الاوراق ما يفيد ان المستأنفين – المطعون ضدهم سبق ان تنازلوا عن حقهم فى طلب الافسخ وهو استخلاص سائغ ومقبول ، اخذت به واطمأن اليه وجدانها ، كما انه كاف لحمل قضائها ، وفه الرد الضمنى على كل ما اثاره الطاعن ، فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب يكون فى غير محله " (١٩٧٥/٥/٢١ – م نقض م - ٢٦- ١٠٤٠)

ويجوز للمدين توقى الفسخ امام محكمة الدرجة الاولى بالوفاء بالتزامه قبل صدور حكم نهائى بالفسخ ومتى تم الوفاء كاملا غير منقوص وكان التأخير فى الوفاء عن موعدة غير مضر للدائن فإن المحكمة لا تقضى بفسخ العقد اما اذا كان التأجير يضر الدائن ففى هذه الحالة تقضى بالفسخ مع التعويض .

ولا ينحصر التوقى على الوفاء امام محكمة الدرجة الاولى فحسب إنما يجوز للمدين بعد صدور الحكم الابتدائي بالفسخ ان يطعن فيه بالاستئناف ثم يتوقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل إقفال باب المرافعة فى الاستئاف ؟ فإن تم الوفاء بعد ذلك وفى خلال فترة حجز الاستئناف للحكم عندما تكون المحكمة لم تصرح بمذكرات او مستندات او صرحت وانقضى الاجل المحدد للمستأنف ، وطلب الاخير اعادة الاستئناف للمرافعة لتقديم دليل الوفاء فان قرار الاعادة الى المرافعة يخضع لمطلق تقدير المحكمة . (انور طلبه – الجزء الثالث – المطول فى شرح القانون المدنى)

وفى حالة تعلق الوفاء بمبلغ من النقود كالباقى من الثمن وكان من حق المشترى حبسه لاخلال البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم او باعمال التشطيب او كان قد رتب على العين رهناً بما يتوافر معه التعرض للمشترى فغن الحق فى الحبس يخول دون الوفاء بباقى الثمن وبالتالى من اعتبار المشترى مخلا بالتزامه ما يتعين معه رفض دعوى الفسخ فإن كان المشترى قد طرح على المحكمة طلبا للحكم له بصحة ونفاذ عقد البيع فهنا يجب على المشترى ايداع باقى الثمن دون عرض على البائع بخزينة المحكمة ايداعا مشروطاًبعدم صرفه له إلا بعد تنفيذ البائع لالتزامه وحيئذ يتضمن هذا الطلب طلباً ضمنياً بصحة العرض والايداع طالما لم يطلبه المشترى صراحة فتقوم المحكمة برفض دعوى الفسخ وبصحة ونفاذ العقد ويتضمن هذا الحكم قضاء ضمنيا بصحة العرض والايداع .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الايجار موضوع النزاع على اساس الشرط الفاسخ الضمنى ، وكان الفسخ المبنى على هذا الشرط من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان يخول المدين الحق فى ان يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الاجل المحدد فى العقد ، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ والى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائيا امام محكمة الاستئناف وهو ما يقوم مانعا من اجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضاربه الدائن وكان الحكم المطعون فيه - الذى ايد الحكم الابتدائى بفسخ العقد - لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقى من مبلغ الايجار المحكوم به ابتدائيا مانعا من الفسخ ، وكان ما قرر من اسناد المماطلة والاعنات الى الطاعن لا يعد بيانا للضرر فى هذا الخصوص ، فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستلال بما يوجب نقضه مما تقضى به من فسخ العقد (٧٠/٥/٢٦ م نقض م - ٢١- ٩٠٨) وبأنه " يتعين لاجابة طلب الفسخ ان يظل الطرف الاخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى وله ان يتوقى صدور هذ الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره ويستوى فى ذلك ان يكون حسن النية او سيئ النية اذ محل ذلك لا يكون الا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام " (١٩٧٠/٣/١٢ م نقض م - ٢١-٤٢٥ - وبنفس المعنى فى ١٩٧٨/١٢/٢٧ فى الطعن رقم ١٣٨٢ سنة ٤٧ق - ونقض ١٩٦٧/٤/٢٠ - م نقض م - ١٨ - ٨٥٩) وبأنه متى كان عقد الصلح لم يتضمن شرطا فاسخا صريحا يقضى بفسخ العقد عند التأخير فى الوفاء بالمبلغ المتفق عليه فأن هذا التأخير لا يترتب عليه حتما فسخ العقد بل يكون امر الفسخ فى هذه الحالة خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به ان يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى وذلك سواء كان الدائن قد اعذره بالوفاء او لم يعذره " (١٩٦٧/١/٢٦ - م نقض م - ١٨ - ٢١٥) وبانه " لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخا معينا لتنفيذ التزام كل من الطرفين ولم يرد به ان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بون تنبيه اذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة فى العقد مما ينبنى عليه ان يكون للمحكمة حق تقدير الاسباب التى بنى عليها طلب الفسخ للحكم باجابة هذا الطلب او برفضه وكان يبين من الاوراق ان المشترى قد قام بعرض الثمن على الباع عرضا حقيقيا ثم اوعه له فى خزينة المحكمة قبل الحكم وكان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد اقام قضاءه على ان المشترى تأخر عن الوفاء فى الميعاد المحدد ، مع ان عدم اشتمال العقد على الشرط الصريح الفاسخ من شأنه ان يكون للمشترى دفع الثمن ولو بعد انقضاء الاجل المحدد فى العقد بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ ويكون هذا الوفاء مانعا من اجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع لاسباب مسوغة ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به البائع ، لما كان ذلك فان الحكم اذ لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتباره وفاء المشترى الثمن قبل الحكم مانعا من الفسخ يكون مشوبا بقصور جوهرى يستوجب نقضه " (١٩٥٣/٥/١٤ - م ق م - ١٢٦- ٨٥٢) وبأنه " لما كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوى شرطا صريحا فاسخا فللدائن ان يستعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى وللمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى وهذا الحق يرجع للمشترى حتما فى حالة نقض الحكم لهذا الوجه من اوجه الطعن .. لان النقض يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين ان يتوقى الفسخ بالسداد ، لما كان ذلك وكان الثابت ان المطعون ضده قد أودع باقى الثمن بمحضرى الايداع المؤرخين ١٩٧٧/٥/٢٨و ١٩٧٧/٦/٧ ولم تقل الطاعنان ان هذا الايداع ناقص فإن تمسكهن بخطأ الحكم المطعون فيه حين عول فى قضائه على محضر الايداع التكميلى المؤرخ ١٩٧٧/٦/٧ دون ان يعلن او تعلم به الطاعنات لا يحقق لهن سوى مصلحة نظرية بحتة ويكون هذا النعى غير منتج ولا جدوى منه " (١٩٧٨/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٣٨٢ سنة ٤٧ ق) .

وللقاضى سلطة تقديرية فى ايقاع الفسخ او منح المدين مهلة للوفاء او رفض طلب الفسخ فى حالة الاخلال الجزئى او التنفيذ المعين اذا رأى ان الجزء الذى لم ينفذ او عيب التنفيذ قليل الاهمية ، ويرى البعض أنه لابد من ضوع ضابط قانونى تقاس عليه سلطة القاضى ، ويرى ان هذا الضابط يتمثل فى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه على نحو يحقق مقصود الدائن من هذا التنفيذ اذ فى هذه الحالة يتعين على القاضى الحكم بالفسخ (الشرقاوى بند ٧٧) ويرى البعض ان هذه الاستحالة تستخلص من اصرار المدين على عدم التنفيذ (بهجت بدوى فى نظرية العقد طبعة ١٩٤٢ بند ٣٥٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " تقدير كفاية اسباب الفسخ او عدم كفايتها ، ونفى التقصير عن طالب الفسخ او اثباته هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع ، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى اقيم على اسباب سائغة فاذا كانت المحكمة اقامت الواقعة التى استخلصتها على ما يقيمها ، فانها لا تكون بعد ملزمة بان تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا لان قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها " (١٩٧٠/٣/١٧ -م نقض م - ٢١-٤٥٠ - وراجع فى نفس المعنى نقض ١٩٧٩/٤/٥ فى الطعن ١١٣ سنة ٤٦ق - ونقض ١٩٧٨/١/١٤ فى الطعن رقم ١٧٥ سنة ٤٤ق - ونقض ١٩٦٦/١١/١٥ - م تقض م - ١٧ - ١٦٨٨ - ونقض ١٩٦٦/٣/٢٤ - م نقض م - ١٧ - ٧٠٨ - ونقض ١٩٦٥/٣/٢٥ - م نقض م - ١٦- ٤١٣- ونقض ١٩٥٧/٦/١٣ - م نقض م ٨- ٥٧٦ - ونقض ١٩٥٧/٤/٤ - م نقض م - ٨- ٣٥٣ - ونقض ١٩٥٢/٤/١٠- م ق م -١٣٩- ٨٥٤) .

كما قضت محكمة النقض بأنه " لما كان اعطاء المشترى المتاخر فى دفع الثمن اجلا للوفاء به طبقا للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو من الرخص التى اطلق الشارع فها لقاضى الموضوع الخيار فى ان ياخذ منها يأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، فانه لا يقبل النعى على الحكم لقصور اسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى رفض منح الطاعن اجلا للوفاء بما هو متاخر فى ذمته من الثمن " (١٩٦٩/١٢/٢٣ - م نقض م - ٢٠- ١٢٩٦ - وبنفس المعنى نقض ١٩٦٩/٢/١٣ - م نقض م - ٢٠- ٣٢٥ - ونقض ١٩٧٨/١/١٤ فى الطعن رقم ١٧٥ سنة ٤٤ق) وبأنه "اذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فانه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع ، بحكم به او يمنح المدين اجلا للوفاء بالالتزام ، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ ، فان انقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما الا بنص القانون ، ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى كما ان المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشرع التمهيدى الذى كان يوجب الفسخ دون انذار المشترى الى اجل اخر اذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الاجل وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدنى قديم - تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين ، والمستفاد من هذه القواعد ان الاجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بمفقرتها الاولى فى طلب الفسخ ، ولا ينطوى منح الاجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وانما يبقى العقد قائما ، والوفاء بالالتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الاجل حتى صدور الحكم النهائى ، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ولا يتعين عليه ان يحكم بالفسخ ، ويجوز ان يحكم برفضه اذا هو تبين ان الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن " (١٩٧٢/١٠/٢٦ م - ٢٣- ١٢٢٠) وبانه " لما كان القانون لا يوجب على القاضى فى خصوص الشرط الفاسخ الضمنى ان يقضى به وانما خوله سلطة تقديرية يحكم به او يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها والا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه - فان الحكم لا يكون مخطئا اذا قضى بالزام المدين بدفع الباقى من الثمن فى ظرف معين والا اعتبر التعاقد مفسوخا من تلقاء نفسه " (١٩٥٠/٣/٢٣- م ق م - ١٢٤ - ٨٥٢)

ويجوز الزام المدين بالتعويض مع رفض دعوى الفسخ بسبب وفاء المدين بعد رفعها ، وذلك عن الاضرار الناجمة عن التأخير فى التنفيذ ويكون مبنى التعويض فى هذه الحالة هو قواعد المسئولية العقدية ويتحدد بالضرر الناجم عن التأخير فى التنفيذ (يراجع نقض ١٩٧٠/٣/١٢ - م نقض م - ٢١ - ٤٥٢- المنشور قبل فى التعليق على المادة نفسها والاحكام المشار اليها معه) .

كما يجوز الزام المدين بالتعويض مع الحكم بالفسخ ، ويكون اساس التعويض فى هذه الحالة هو المسئولية التقصيرية (حجازى بند ٩٧٥ وراجع فيه الخلاف حول نوع الضرر محل التعويض وهل يقتصر على ما اصاب المصلحة السلبية اى الضرر الناجم من جراء ابرام العقد ، ام يمتد الى المصلحة الايجابية اى الضرر الناجم من عدم تنفيذ العقد وهو يرجح المعيار الاول) ويلاحظ انه اذا تضمن العقد تعويضا اتفاقيا ، فان هذا الاتفاق يزول بزوال العقد ومن ثم لا يعمل به عند الحكم بالتعويض مع فسخ العقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على انه فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذار المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض ان كان له مقتض " يدل على ان الفسخ اذا كان مرده خطأ احد المتعاقدين فان هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وانما يلزم فوق ذلك بتعريض الطرف الاخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . واذ كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الاول من ضرر وهى الاركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام ان ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى تنتهى اليها " (١٩٧٨/١/١٩ - الطعن رقم ٥٨ سنة ٤٤ق) وبأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أقا قضاءه برفض التعويض - عن فسخ عقد العمل - على توافر مبرر انهاء العقد لدى الشركة المطعون عليها ، فذلك حسبه ولا يكون عليه بعد ذلك ان يقتضى وقوع ضرر للطاعن او ان يلتفت لما ساقه من اسانيد لاثبات هذا الضرر ؟١٩٧١/٤/١٤ - م نقض م - ٢٢- ٤٧٧ وبأن الشرط الجزائى التزام تباع للالتزام الاصلى ، اذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام فاذا سقط الالتزام الاصلى بفسخ العقد ، سقط مهه الشرط الجزائى فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فان استحق تعويض للدائن ، وتولى القاضى تقديره وفقا للقواعد العامة التى تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومداره على عاتق الدائن " (١٩٧١/٣/٢٥ - م نقض م - ٢٢-٤٠١) .

حجية حكم الفسخ :

نجد فى دعوى الفسخ ان المحكمة تلتزم بالسبب الذى استند اليه الغدائن فى طلبه فإذا قضت برفض الدعوى وأصبح الحكم نهائيا فإنه يجوز قوة الامر المقضى بالنسبه لهذا السبب وحده وفى نطاقه .

وحجية حكم الفسخ لا تتعدى الى الغير ، فالمشترى الذى لم يسجل عقده يعتبر ممثلا فى دعوى الفسخ فى شخص البائع له وبالتالى اذا صدر ضد البائع حكم بفسخ عقده يكون لهذا الحكم الحجية فى مواجهة من باعه هذا المشترى العقار فينفسخ البيع عليهما معا ويتعين عليهما اعادة المبيع الى البائع للمشترى ولا ينال من ذلك ان يكون من باعه المشترى العقار قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد قبل صدور حكم الفسخ . اذ لا يعتبر التسجيل قد تم الا بتسجيل حكم صحة التعاقد او التأشير به فى هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، اما اذا كان هذا التيسجيل او التأشير قد تم قبل صدرو الحكم او كان من باعه المشترى العقار قد سجل عقده قبل صدور حكم الفسخ فإنه من ذلك التاريخ يعد من طبقة الغير فلا يعتبر ممثلا فى الحكم الصادر بالفسخ على ان يتوافر لديه حسن النية وقت تمام التسجيل

والحكم بالفسخ يعتبر منشئا للفسخ وليس مقررا له ، ويقوم حجة على تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ولكن يجوز للدائن ان يتنازل عنه وفى هذه الحالة تعود للعقد قوته دون حاجة الى ابرام عقد جديد:

فقد قصت محكمة النقض بأنه " اذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى لا استنادا الى وجود شرط فاسخ فى العقد فان هذا القضاء يكون منشئا للفسخ لا مقرر له " (١٩٦٩/٧/٣ - م نقض م - ٢٠-١١١٨) وبأنه اذا كانت الدعوى قد اقيمت بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى تأسيسا على تخلف المطعون ضده عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن وقضى نهائيا برفضها فى الاستئناف الذى بت فى امر الباقى من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فان هذا القضاء يجوز قوة الامر المقضى فى شأن طلب الطاعنات الفسخ لتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ويمنع الخصوم انفسهم من التنازع فى هذه المسالة بالدعوى الراهنة ولو بادلة قانونية او واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الاولى او أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على الحكم المطعون فيه ان يتقيد فى قضائه بين الخصوم انفسهم فى شان تلك المسالة التى يقضى فيه الحكم الاول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين وكونها فى الدعوى الماثلة صحة التعاقد ونفاذه وفى الاول فسخ العقد " (٧٨/١٣/٢٧ فى الطعن رقم ١٣٧ سنة ٤٨ق) وبان " عدم قيام الطاعنة - وزارة الاوقاف - بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر ، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الاجرة المبينة بعقد الحكر المقضى بفسخه حتى تم استبدالها سنة ١٩٦٢ ويتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ ، وبالتالى فانه لا تكون هناك حاجة لابرام عقد جديد يجب افراغه فى الشكل الذى تطلبه القانون المدنى فى المادة ١٠٠٠ منه " (١٩٧٢/٣/٢٣ - م نقض م - ٢٣- ٤٩٩)

تقادم دعوى الفسخ :

تتقادم دعوى الفسخ بالتقادم الطويل أى بمضى خمسة عشر عاما من وقت عدم التنفيذ بتقدير انه الوقت الذى قام فيه حق الدائن طلب الفسخ ، فإذا كان الاعذار واجبا تحدد وقت عدم التنفيذ بتاريخ اعلانه او بفوات المهلةالمحددة فيه ، ولا تتأثر مدة تقادم دعوى الحبس دعوى الحق الناشئ عن العقد كما لا تتغير مدتها فى مواجهة الحائز وهو من اكتسب حقا عينيا على العقار بعد تسجيل دعوى الفسخ

وقد قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الدعوى بطلب فسخ عقد الايجار وهى بطلب حق من الحقوق الشخصية التى ليست لها مدة خاصة تتقادم بها فان تقادمها يكون بمضى خمس عشرة سنة من قوت نشأ الحق فى الدعوى بإعتباره التاريخ الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه . (نقض ٢٠٠٠/٢/٧ طعن ٥٩٧ س٩٦ ق) بأنه " لئن كان حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على اساس استرداد ما دفع بغير حق - الامر الذى اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على انه يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد ان تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما اذا نفذ احد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك الا انه فى حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه - طبقا للمادة ١٥٩ مدنى - لاستحالة تنفيذ الباع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الاطيان المبيعه تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى ومنازعة البائع فى حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى واثناء نظرها لا يقضى برد الثمن الا كأثر من الاثار المترتبة على فسخ العقد او انفساخه طبقا للمادة ١٠٦ من القانون المدنى . واذ كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تقادم الا بخمس عشرة سنة فانه طالما يكون للدائن ان يرفع هذه الدعوى فانه يكون له ان يطالب بالاثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن اذ لا يكون هذا الثمن مستحق الاداء وممكنا المطالبة به الا بعد تقرير الفسخ "

أحكام النقض :

إذ يدل نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى على ان الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى اسبابه الى ان المطعون عليهما - المشتريين - كانا معذورين فى التأخير فى اعداد مشروع العقد النهائى فى الميعاد المحدد لذلك ، ثم قضى بفسخ عقد البيع ويرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون ان يبين ما اذا كان الطاعنان - البائعان - المقضى ضدهما بالفسخ ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة من ذلك العقد اخلال يستوجب الفسخ فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب (نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ طعن ٢٨٦ س٣٨ قطعن ٥ س٣٩ق) .

الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ، واذ كانت عبرة الشرط الفاسخ الواردة فى عقد البيع انه " اذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا " فإن هذا الشرط لا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية الا تقضى بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من ان الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى المبيع قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته فانها لا تكون قد خالفت القانون (نقض ١٩٧٣/١/٩ طعن ٤٩١ س٣٧ق)

تقدير كفاية اسباب الفسخ او عدم كفايتها ، ونفى التقصير عن طالب الفسخ او اثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيام على اسباب سائغة ، فإذا انت المحكمة قد أقامت الواقعة التى استخلصتها على ما يقيمها ، فانها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالا ، لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . (نقض ١٩٧٠/٣/١٧ طعن ٨٨٣ س٣٥ق) .

تنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدنى على انه فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره ان يطالب بفسخ العقد ولا يشترط لاعمال حكم هذه المادة ان يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف احد طرفيه عن تنفيذ التزامه (نض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٨٨ س٣٢ق) .

فصل محكمة الموضوع فى كفاية اسباب الفسخ او عدم كفايتها وفى نفى التقصير عن طالب الفسخ او اثباته هو من الامور الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع متى استندت الى اسباب سائغة (نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٨٨ س٣٢ق ، نقض ١٩٦٦/١١/١٥ طعن ١٦٣ س٣٢ ق)

متى كان الحكم قد استند فى قضائه برفض دعوى الفسخ المروفعة من البائع الى قاعدة قانونية مقتضاها ان الحكم بالفسخ غير واجب لخلو العقد من شرط صريح بفسخ العقد بقوته وان المحكمة رات الا تقضى به استنادا الى الشرط الضمنى الفاسخ لما قدرته من ظروف الدعوى وخصوصياتها فلا يكون بالحكم حاجة بعد ذلك الى التحدث عن دفاع البائع مطعنا . (نقض ١٩٥٧/٤/٤ طعن ١٠١ س٢٣ق)

إذ لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تاخر المشترى عن سداد الثمن ، فان الفسخ لا يقع فى هذه الحالة الا اذا صدر به حكم القضاء (نقض ١٩٦٢/٢/٨ طعن ١٤٨س٢٦ق)

لا يعتبر عقد البيع مفسوخا لعدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد الا اذا اتفق العاقدان على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة لانذار اما اذا كان اتفاقهما مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى ولا يترتب على تخلف المشترى انفساخ العقد حتما ، بل يجب ان يتوافر شرطان كى تقضى المحكمة بالفسخ او تقبل الدفع وهما اولا : ان يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم وثانيا : ان ينبه البائع على المشترى بالوفاء وسبيل هذا التنبيه فى البيوع المدنية هو التكليف الرسمى على يد محضر فلا يصح بمجرد خطاب ولو كان موصى عليه ، واذن فمتى كان الثابت من وقائع الدعوى ان كلا الامرين لم يتحقق بان كان المشترى قد عرض ما يجب عليه دفعه لدى رفع الدعوى عرضا حقيقيا أعقبه الايداع ، ولم يقم البائع بالتكليف الرسمى واكتفى على ما يدعى بخطاب موصى عليه فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع بانفساخ العقد لم يخالف القانون . (نقض ١٩٥٢/٥/١ طعن ١٣٨ س ٢٠ق ، نقض ١٩٥٥/١١/٢٤) طعن ١٣٣ س ٢٢ ق) .

كان القانون المدنى القديم يشترط الاعذار لقبول دعوى الفسخ خلافا للقانون الحالى . لا يعتبر عقد البيع مفسوخا لعدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الميعاد الا اذا اتفاق العاقدان صراحة على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة لانذار او حكم – اما اذا كان اتفاقهما مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى فلا يترتب على تخلف المشترى انفساخ العقد حتما – بل يجب ان يتوافر شرطان كى تقبل المحكمة الدفع به وهما ، اولا : ان ينبه البائع على المشترى بالوفاء بتكليف رسمى على يد محضر وثانيا ان يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم . (نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ طعن ١٣٣ س٢٢ق).

إذ أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع على ان المشترى بعد ان التزم بسداد ا هو مطلوب للحكومة التى تلقى البائع عنها ملكية البيع من اقساط الثمن لم يقم بدفع شئ ، وان الحكومة نزعت ملكة اطيانه هو وفاء لمطلوبها وبيعت ورسا مزادها على المشترى ، فحكمت المحكمة بالفسخ على اساس اجراءات البيع الجبرى دون ان تعير التفاتا لما جاء بمحاضر جلسة من ان مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى البيع لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وانها صرحت للراسى عليه المزاد المتخلف بقبض ما كان دفعه من الثمن ، وان هذا التنازل اثبت والزمت الحكومة بالمصاريف ، فإنها تكون مخطئة ، لان الفسخ تأسيسا على اجراءات البيع الجبرى غير جائز مادام هذا السبب قد ارتفع ، وكان الواجب بحث طلب الفسخ على اساس التقصير المدعى به على المشترى فيما التزم به فى العقد .

انه وان كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى ان ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا الا ان محل ذلك الا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فإذا كان المشترى قد عرض ثمنا اقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا يكون هناك حاجة – لكى يصح الحكم بالفسخ الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ طعن ٣٩٢ س٢٢ق)

متى كان الحكم اذ قضى بفسخ عقد البيع قد أورد ضمن أسبابه ان المشترى قصر فى دفع باقى الثمن الذى استحق عليه رغم انذار البائع اياه بالوفاء والا كان – البائع – مخيرا بين مطالبته بالقسط المستحق وفوائده ، وبين طلب الحكم بفسخ البيع والتعويض المتفق عليه – فإنه يكون من مقتضى ذ ان دعوى الفسخ التى اقامها البائع قد سبقها تكليف رسمى بالوفاء مما يكون معه غير منتج ما اذا كان يشترط وفقا لاحكام القانون المدنى – القديم – سبق التكليف الرسمى بالوفاء لجواز الحكم بفسخ العقد الملزم للجانبين والخالى من شرط صريح فاسخ ، ومن ثم فإن الطعن فى الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون استنادا الى انه قرر ان القانون لا يشترط لجواز الحكم بفسخ العقد سبق التكليف الرسمى بالوفاء – هذا الطعن يكون غير منتج (نقض ١٩٥١/٣/٨ طعن ٨٥ س١٩ق) .

اذا كان البائع قد تصرف فى جزء من الاطيان المبيعة اثناء نظر دعوى الفسخ التى اقامها لعدم وفاء المشترى بالثمن وتمسك المشترى فى دفع الدعوى بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ يعد ان تصرف فى جزء من الاطيان المبيعة وكانت المحكمة اذ قضت بالفسخ اقامت قضاءها على ان البائع كان معذورا فى التصرف فى بعض الاطيان المبيعة بعد ان يئس من وفاء المشترى بالتزاماته فانها لا تكون بذلك قد خالفت القانون اذ اعتبرت ان المتسبب فى فسخ العقد هو المشترى دون البائع (نقض ١٩٥٢/٣/٦ طعن ١٠٦ س٢٠ ق)

الشرط الفاسخ فترض دائما فى كل عقد تبادلى والافصاح عنه فى العقد لا يعد خروجا على احكام القانون بل هو مجرد توكيد لها وعلى ذلك فان تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى الى انفساخ العقد مادام ان من شرع لمصلحته هذا الشرط لم يطلب الفسخ (نقض ١٩٥٦/١٢/١٣ طعن ٤١ س٢٣ق)

اذا اشترط فى عقد بيع التزام المشترى باحضار شهادة بشطب اختصاص على العين المبيعة والا كان العقد لاغيا بغير تنبيه او انذار فقررت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية ان المشترى قد حصل على اقرار من الدائن صاحب حق الاختصاص بشطبه وان هذا الاقرار هو الامر الجوهرى فى التزامه وان ما بقى من اجراءات الشطب قد كان ميسورا حصوله ولم يعق اتمامه الا تصرفات البائع الكيدية وسعيه فى نقض ما تم من جهته بطرق ملتوية فلا تكون المحكمة اذ لم تجب البائع الى طلب الفسخ قد خالفت القانون .(نقض ١٩٥١/١٢/٢٧ طعن ٧٥ س٢٠ق) .

متى كانت المحكمة اذ قضت برفض الدعوى التى اقامها الطاعن بطلب فسخ عقد البيع الذى أبرمه مع المطعون عليها الاولى قد اقامت قضاءها على اسباب تتحصل فى ان الاوراق المقدمة فى الدعوى فيها ما يرجح ان الدقيق موضوع البيع شحن سليما غير مصاب بالتلف الذى وجد به عند تحليله ، وان التاخير فى تفريغ شحنة السفينة وفى وصول وثائق الرسالة كان راجعا الى ظروف الحرب . وان المطعون عليها الاولى بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهدا فى سبيل الحصول على إذن تسليم يحل محل حافظة الشحن التى تأخرت ، وان هناك عوامل تجمعت ولم يكن للمطعون عليها الاولى دخل فيها حالت دون وصول ان فصل محكمة الموضوع فى صدد كفاية الاسباب لفسخ التعاقد موضوعى خارج عن رقابة محكمة النقض فلا تثريب عليها إذا هى رأت ان عدم تنفيذ احد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد وبينت الاسباب التى استندت اليها فى ذلك . (نقض ١٩٣٩/٥/١٨ طعن ٨٤ س٨ ق) .

ثانيا : الفسخ الإتفاقى

لقد نصت المادة ١٥٨ مدنى على أنه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند الوفاء بالالتزامات الناشئة صراحة على الاعفاء منه "

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى " .. ويقضى مثل هذا الاتفاق الى حرمان العاقد من ضمانتين :

١- فالعقد يفسخ حتما دون ان يكون لهذا العاقد بل ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وانما يبقى الخيار للدائن بداهة ..ب- ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضى ، على ان حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه اخرى تتمثل فى ضرورة الاعذار ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الاجراء ايضا "

الفرق بين الفسخ الاتفاقى والفسخ القضائى :

الفسخ الاتفاقى هو اتفاق طرفى العقد على ان يكون لاحد الطرفين فسخ العقد باراداته المنفردة بواسطة تعبير عن الارادة يوجهه الى الطرف الاخر ، ويتضح من ذلك ان الفسخ الاتفاقى على خلاف الفسخ القضائى يقع بحكم الاتفاق بمجرد اعلان الدائن رغبته فى ذلك دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ او صدور حكم به ، واذا اقتضت الضرورات العملية لجوء الدائن الى القضاء لاستصدار حكم بالفسخ فانه يكون حكما مقررا للفسخ الذى يكون قد وقع من قبل بارادة الدائن بمجرد اعلان رغبته بذلك الى المدين وقد قضت محكمة النقض بان "شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى - يختلفان طبيعة وحكما فالشرط الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما اذهو خاضع لتقدير القاضى وللقاضى ان يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه بل المدين نفسه له ان يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ ، اما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى يوجب الفسخ حتما فلا يملك معه القاضى امهال المشترى التخلف عن اداء الثمن . ولا يستطيع المشترى ان يتفادى الفسخ باداء الثمن او عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء . بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بغير حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار " (١٩٤٦/٥/٢- م ق م - ١١٣ - ٨٥٠ وبنفس المعنى فى ١٩٣٦/٤/٢ م ق م - ١١٨ - ٨٥١).

فيلاحظ مما تقدم الفسخ الاتفاقى يعنى اتفاق العاقدان على انفساخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه وبغير حاجة الى حكم القاضى ، وذلك بمجرد حصول الاخلال بالالتزام ، شريطة ان تنصرف ارادتهما الى تحقيق هذا الاثر على نحو قاطع وبغير شك او لبس او غموض .

ويتعين ان تكون دلالة العبارات واضحة على قصد المتعاقدين وقوع الفسخ بقوة الاتفاق دون حاجة الى اللجوء الى القضاء او استصدار حكم به وان كان لا يلزم استخدام الفاظ معينة :

ومن خلال هذه القاعدة ذهب الفقه الى تقسيم الاتفاق على الفسخ الى درجات تبعا لدلالة العبارات المستخدمة فى التعبير عن اتفاق الطرفين فى شانه ، فأولى هذه الدرجات ان يكتفى العاقدان بالنص على انه عند وقوع المخالفة يعتبر العقد مفسوخا ، وهو مالا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى كل العقود ومن ثم لا يغنى عن الاعذار ولا عن رفع دعوى يطلب الفسخ ، ولا عن صدور حكم الفسخ ويكون الحكم فى هذه الحالة منشئا للفسخ ويكون للقاضى ، كامل سلطته فى صدد الفسخ القضائى ، والدرجة الثانية النص على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وفى هذه الحالة لا يعفى الدائن من الاعذار ولا من اللجوء الى القضاء ويتعين صدور حكم بالفسخ ويكون اثره منشئا ولكن القاضى يفقد سلطته التقديرية ويلتزم بالحكم بالفسخ بمجرد التحقق من وقوع المخالفة)قارن حجازى بند ٦٠٠) حيث يرى ان هذه العبارة كافة فى الدلالة على قصد ايقاع الفسخ بحكم الاتفاق دون صدور حكم من القاضى واذا تدخل يكون حكمه مقررا ويبدو من احكام القضاء انها تتفق مع هذا الرأى .

وقد قضت محكمة النقض بأنه : اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى ايقاع الفسخ على المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهة ان البائع يجب عليه اذا اختار الفسخ ان يعذر المشترى بإنذاره اى تكليفه بالوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من اعمال خياره فى الفسخ واذن فباطل زعم المشترى ان الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى اسبوع والا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فان هذا الانذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح .(نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٦ ص٦٨٨)

والدرجة الثالثة ان ينص على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حكم وفى هذه الحالة يقع الفسخ فورا ابداء الرغبة فيه ودون حاجة الى رفع دعوى او صدور حكم وان صدر كان مقررا ، لكن مقل هذه العبارة لا تعفى الدائن من واجب الاعذار ومن ثم فان الدرجة الرابعة التى يبدو فيها الاتفاق على الفسخ هى النص على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة الى حكم او اعذار (يراجع فى ذلك السنهورى بند ٤٨٢ حتى ٤٨٥ – جمال زكى بند ٣١٨ – الشرقاوى بند ٧٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه ، واذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع انه " اذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا فان هذا الشرط لا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدوج سلطتها التقديرية الا تقضى بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينته من ان الباقى من الثمن بعد استنزال قيمة العجز فى البيع قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته فانها لا تكون قد خالفت القانون " (١٩٧٣/١/٩ – م نقض م – ٢٤- ٤٩ وبنفس المعنى فى ١٩٧٨/٥/٢٥ فى الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٥ق) وبانه " يلزم فى الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير اسباب الفسخ ان تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له " (١٩٦٧/٣/٢٠ – م نقض م – ١٨- ٨٥٩) وبانه " لا يشترط القانون الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فان النص فى الاتفاق على ترتيب اثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه او انذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه " فاذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره الى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند اخلال الطاعنين البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد فى العقد من عبارات ضرتها بانها يفيد الاتفاق على انه فى حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسليمه وذلك بدون اى منازعة وبلا حاجة الى تنبيه او انذار وهو اثر لا يترتب الا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه – وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى اخذت به فان تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بانه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير كفاية اسباب الفسخ – هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون " (١٩٦٥/١٠/١٨ –م نقض م – ١٦- ٩٤٣) وبأنه " القانون لم يشترط الفاظ معينى للشرط الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى وعلى ذلك ، فاذا ما اثبت الحكم ان طرفى عقد البيع قد اتفقا على ان يودع العقد لدى امين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على انه عند اخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد ثم قرر الحكم ان المستفاد من ذلك ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح اى اعتبار العقد مفسوخا الصريح الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الاخلال بشروطه فانه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد لان عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها " (١٩٤٨/١٢/٢٣ – م ق م – ١٢٧ – ٨٥٢)

كما قضت بأن النص فى عقد الصلح على انه اذا تاخر المدين عن الواء بقسط من اقساط الدين خلت باقى الاقساط فورا دون حاجة الى تنبيه او انذار رسمى او غير رسمى فضلا عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه فى التنفيذ بالدين المحكوم به باكمله . هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخا من تلقاء نفسه فى حالة التاخر فى دفع احد الاقساط وانما كل ما يفيده هو سقوط اجل الوفاء بالاقساط بغير حاجة الى تنبيه او انذار عند التاخر فى دفع قسط منها . اما النص على اعتبار الصلح مفسوخا من تلقاء نفسه فى حالة التاخر فى دفع احد الاقساط وانما كل ما يفيده هو سقوط اجل الوفاء بالاقساط بغير حاجة الى تنبيه او انذار عند التاخر فى دفع قسط منها اما النص على اعتبار الصلح كان لم يكن فى هذه الحالة فليس الا ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين " (١٩٦٧/٤/٢٠ - م نقض م - ١٨-٨٥٩) وبانه " لا يفيده النص فى عقد البيع على انه اذا ظهر على العين المبيعة ديون مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد فأن البائع يلتزم بتعويض مدنى كما يجوز للمشترى ان يفسخ التعاقد بمجرد انذار البائع ... فهو شرط ضمنى فاسخ (١٩٣٦/٤/٢) م ق م - ١١٨ - ٨٥١) وكذلك النص على انه " فى حالة تاخر سداد القسط الاول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشترى حقا مكتسبا للبائع المذكور " (١٩٥٠/٣/٢٣ - م ق م - ١١٩ - ٨٥١) وكذلك النص على انه " اذا اخلت المشترية بشروط هذا الصلح او احدها فيكون البيع لاغيا "(١٩٥٠/١/١٢ - م ق م - ١٢٠ - ٨٥١) وبانه متى انتهى الحكم الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، فى حين ان الثابت ان العقد لم يتضمن النص على الفسخ بارادة الدائن ، وانما نص فقط فى البند الثانى على حلول الاقساط المتفق عليها عند التخلف عن دفع احداها فى موعده مع استحقاق فائدة بواقع ٤% سنويا من تاريخ التخلف حتى السداد ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما وكان الشرط الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما بمجرد حصول الاخلال بالالتزام ، اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى ان يمهل المدين كما ان للمدين ان يتفادى الفسخ اذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائى فان الحكم المطعون فيه ، اذا استند فى قضائه باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الى ما ورد بالبند الثانى من العقد ، يكون قد خالف الثابت بالاوراق وفسخ اتفاق الطرفين مما يعيبه ويستوجب نقضه "

ويقع عبء اثبات الاتفاق على الفسخ الاتفاقى على عاتق المتمسك به :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " لا محل للنعى على الحكم بمخالفة القانون بحجة انه لم يعتد بما اتفق عليه فى عقد البيع من فسخ العقد اذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتبين محكمة النقض ما اذا كان يحوى شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها فى تقدير طلب الفسخ او يحول بين البائعة وامكانها الوفاء او عرض الوفاء بعد رفع دعوى الفسخ "

ويلزم الاعذار قبل التمسك بالفسخ الاتفاقى مالم يتفق على الاعفاء منه :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " المادة ٣٣٤ من القانون المدنى تقضى انه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى ايقاع الفسخ على المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد اعذاره بانذار ما لم يعفى البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار - ومفهوم هذا بلا شبهة ان البائع يجب عليه اذا اختار الفسخ ان يعذر المشترى بانذاره اى يكلفه الوفاء فاذا لم يدفع كان البائع فى حل من اعمال خياره فى الفسخ واذن فالباطل زعم المشترى ان الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى اسبوع والا عد العقد مفسوخا واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح " (١٩٤٨/١٢/٢٣ - م ق م - ١٣٣- ٨٥٣) .

ويشترط لقيام حق الدائن بالفسخ الشروط الثلاثة اللازم توافرها فى قيام الحق فى الحبس بصفة عامة ، وهى ان يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين ، وان يقع اخلال من المدين فى تنفيذ التزامه .

ويلزم ان يكون تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام بغير حق فإن كان بحق كاستعماله حقه فى الحبس او الدفع بعدم التنفيذ امتنع الفسخ :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " لشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فان من حق المشترى قانونا ان يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولا وكان صريحا ، ولما كان التزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشترى ، فاذا وجدت اسباب جدية يخشى معا الا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشترى ان يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه ، ولما كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه امام محكمة الاستئناف بحقه فى حبس باقى الثمن نظرا لان المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع اليه اذا امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الاصليين او تسليم هذا العقد اليه الامر الذى يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده اذا ما تصرف فه ملاه الاصليون او المطعون ضده الى الغير بعقد مسجل " (١٩٧٨/١٢/٢٠ - فى الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٥ق - وبنفس المعنى فى ١٦٧/١/١٩ م نقض م - ١٨ - ١٨٣) وبأنه " اذا كان الثابت من مذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة اول درجة ان مما تمسك به من اوجه دفاع فى الدعوى الفرعية التى اقامتها عليه المطعون عليها الاولى بطلب فسخ عقد البيع - الذى طلب القضاء بصحته ونفاذه فى الدعوى الاصلية - ان البائعة لم تشترط فى ملحق العقد الذى اتفق فيه على الشرط الصريح الفاسخ ان يكون الوفاء بباقى الثمن فى موطنها فكان لزاما عليها ان تسعى اليه فى موطنه لتطالبه به فى موعد استحقاقه او ان تعذره بالوفاء به واذا خلت الاوراق مما يفيد انها انتقلت اليه فى موطنه لتطالبه بدفع باقى الثمن او انذرته بدفعه وانه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فان الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق ، واذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت الغاء الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فانه كان لزاما عليها ان تفصل فى دفاعه المشار اليه والذة لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه اكتفاء بما قبله من اوجه دفاع اخرى مادام لم يثبت نزول الطاعن عن صراحة او ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وهى اذا لم تفعل رغم كونه دفاعا جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الراى فى الحكم فى الدعوى فان حكمها يكون مشوبا بالقصور " (١٩٧٨/١٢/٢١ - فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٤٨ق)

والفسخ الاتفاقى لا يجوز اعماله اذا ثبت تنازل الدائن عنه صراحة او ضمنا :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " اذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فانه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقيق الشرط الموجب لسريانه فان كان الفسخ مرتبطا بالتاخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين ان البائع قد سقط حقه فى استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد اقساط الثمن فى مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد منبئا بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فلا يكون له عند تأخير السداد فى المستقبل الا المطالبة بالفسخ القضائى " (١٩٧٨/٤/١٩ - الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٤٧ق) .

ولا يلزم رفع دعوى به فهو ينتج اثره بمجرد تحقق الشرط :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط ، دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ واذا كان الايجار الاصلى قد تضمن فى بنده السادس بانه اذا تاخر المستاجر عن سداد اى قسط فى موعده ، تستحق باقى الاقساط فورا ، ويصبح العقد مفسوخا بقوة القانون وبدون حاجة الى تنبيه او انذار ، ويحق للمؤجر ان يتسلم العين المؤجرة دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ ، وكان الثابت ان المطعون ضده الاول المستأجر الاصلى - لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الاجره منذ وقع الحريق بالعين المؤجرة . فان الشرط المنصوص عليه فى البند السادس من العقد يكون قد تحقق ، ويكون عقد الايجار الاصلى قد انفسخ دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ ، وبالتالى يكون الحكم المطعون فيه اذ قضى على الشركة الطاعنة - المؤجرة - للمطعون ضده الاول فى الدعوى الاصلية بتمكينه من العين المؤجرة وقضى عليها للمطعون ضده الثانى - المستأجر من الباطن - بالتعويض فى الدعوى الفرعية - قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " (١٩٧٥/٣/١٢ - م نقض م - ٢٢ - ٥٦٨)

سلطة القاضى :

إذا كان للقاضى سلطة تقديرية واسعة - فى حالة الفسخ القضائى - كله ان يمنح المدين اجلا قبل فسخ العقد ، وله ان يرفض دعوى الفسخ .

على ان الاتفاق مقدما على الفسخ بارادة واحد لا يستبعد حتما امكان تدخل القاضى فقد يلجأ المدين الى القاضى منكرا على الدائن حقه فى ايقاع الفسخ ، وفى هذه الحالة يجب ان تقتصر سلطة القاضى على ما اتى :

التحقق من ان ثمة اتفاقا على الفسخ مقدما .

توافر شروط تمسك الدائن بالفسخ بارادة واحدة .

والاتفاق على الفسخ الاتفاقى يسلب القاضى كل سلطة تقديرية ، اذ يجب عليه اعمال اثره متى تحقق من توافر موجباته ، غير ان هذا الاتفاق لا يحرم المدين من المنازعة فى تحقق الشرط كما لا يعفى القاضى من واجبه فى التحقق من توافر موجب اعماله :

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان الاتفاق على ان يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه او انذار عند تخلف المشترى عن سداد اى قسط من اقساط باقى الثمن فى ميعاده من شانه ان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ، ووجوب اعماله ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطابق الشرط على عبارة العقد كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله فان تبين له ان الدائن قد اسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فسخ العقد او كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه وجب عليه ان يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى

واذا كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا الى تنبيهن عليه بالانذار المعلن اليه فى ١٩٦٧/٧/١٨ بالوفاء بباقى الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه ، والا اعتبرت العقد لا غيا ، دون التمسك فى الانذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد والى تراخيهن فى رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الانذار المعلن للطاعن فى ١٩٦٧/٧/١٨ وحتى ١٩٦٩/٨/٢٧ تاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه الذى أيد الحكم الابتدائى لاسبابه قد اعمل اثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد فى العقد ، دون ان يعرض المظروف والاعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الراى فى الدعوى ، فانه يكون مشوبا بالقصور " (١٩٧٥/٤/٩ - م نقض م - ٢٦ - ٧٨٧) . وبأنه " الشرط الفاسخ الصريح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخا الا ان يتحقق فعلا السبب الذى يترتب عليه الفسخ ، فلا يلزم ان يصدر بالفسخ حكم مستقل بل يجوز للمحكمة ان تقرر ان الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من احد طرفى العقد اثناء نظر الدعوى المرفوعة من الطرف الاخر وكان الطاعن لا يجادل فى ان القرار الجمهورى بتعيينه - والذى نص فى عقد العمل على ان يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه اذا لم يصدر هذا القرار - لم يصدر ، كما انه لم ينسب الى الشركة المطعون ضدها انها لم تتخذ اجراءات طلب استصداره فان الحكم المطعون فيه اذا خلص الى انه وقد فسخ العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها فليس ثمة مجال لاعمال القاعدة المنصوص علها فى المادة ٥٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " (١٩٧٨/٢/١٨ - الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ق) وبأنه " لئن كان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شانه ان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله ، ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله ، فان تبين له ان الدائن قد اسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فاسخ العقد او كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، او كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه او كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى " (١٩٧٠/١١/٢٦ - م نقض م - ٢١ - ١١٨٨١ - وراجع نض ١٩٧٨/٦/١ فى الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٤٥ق) وبانه " متى كانت المحكمة قد انتهت الى وجود شرط فاسخ صريح فانها تكون وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى لها للحكم باعتبار الفسخ حاصلا فعلا ان تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له . واذا تحققت المحكمة فى ضوء الوقائع السابقة على رفع الدعوى من ان المدين لم ينفذ التزامه وحكمت بالفسخ دون ان تعطى المشترى مهله اثناء نظر الدعوى بالوفاء بالتزاماته او تمنح اجلا للطرفين لتبين مدى استعداد كل منهما للوفاء بالتزاماته فانها تكون قد التزمت صحيح القانون " ١٩٦٨/١٢/١٠ - م نقض - ١٩- ١٥٠٤)

وبان مؤدى نص المادة ٣٣٤ من القانون المدنى القديم انه اذا اتفق الطرفان فى عقد البيع على ان الفسخ يقع فى حالة تاخر المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليها بدون حاجة الى تنبيه رسمى او انذار فان هذا الشرط الفاسخ – الصريح – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخا الا ان تتحقق فعلا المخالفة التى يترتب عليها الفسخ ، فلا يلزم ان يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة ان تقرر ان الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من البائع اثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى وذلك على خلاف ما اذا كان العقد لا يتضمن الا شرطا فاسخا ضمنيا ، فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتما وبالتالى فان الفسخ بموجبه لا يقع تلقائيا " (١٩٦٦/١٠/١٨ – م نقض م – ١٧ – ١٥٣٦) وبأن الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او حكم القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط بغير ما حاجة لرفع دعوى الفسخ ولا يملك القاضى فى هذه الحالة سلطة تقديرية معها اعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ولا يكون حكمه منشئا للفسخ " (١٩٥٥/٤/١٤ – م ق م – ١٢٩ – ٨٥٢) وبنفس المعنى فيه ان المقاول قد عجز عن السير بالعمل سيرا مرضيا فحق للحكومة فسخ العقد استنادا الى نص صريح فيه يخولها هذا الحق ، فان هذا الذى استند اليه الحكم يكفى لحمله ولا يضيره ما ورد فيه من تقريرات خاطئة اخرى" (١٩٥٤/٤/٢٢ – م ق م – ١٥٧ – ٨٥٧) وبانه " اذا كان الثابت ان المستاجر تاخر فعلا فى دفع الاجرة المحكوم بها نهائيا وهى الاجرة المذكورة فى عقد الاجارة ثم تاخر كذلك فى دفع ما استجد من الباقى بعد ذلك فان هذا التاخير يكفى لتحقق شرط الفسخ واختصاص قاضى الامور المستعجلة بطرد المستأجر ، ولا يؤثر فى تحقق هذ الشرط ان يكون المؤجر قد طلب فضلا عن الاجرة المذكورة فى العقد زيادة نازعة المستأجر فى استحقاقها وحكم بوقف الدعوى بالنسبة الى هذه الزيادة المتنازع عليه (١٩٤٥/١/١٨ – م ق م – ١٣٥ – ٨٥٣) وبانه متى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فان ايداع الثمن ليس من شانه ان يعيد العقد بعد انفساخه" (١٩٤٣/٥/١٣ – م ق م - ١٣١ – ٨٥٣) .

كما قضت بأنه " لا يجوز اعتبار العقد مفسوخا اعمالا للشرط الفاسخ الصريح الوارد به الا اذا ثبت للقاضى حصول المخالفة التى يترتب عليها الانفساخ ، ولما كانت الدعوى قد رفعت للحكم بانفساخ عقدين مختلفين استنادا الى تحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل منهما ، فانه لا يصح الحكم بانفساخ العقدين الا اذا تحقق الشرط بالنسبة لكل منهما ولا يكفى فى احد العقدين للحكم بانفساخ العقد الاخر ، وانما يقتصر الانفساخ فى هذه الحالة على العقد الذى تحقق فيه الشرط ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بتحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل من عقدى البيع الصادرين من المطعون عليهم للطاعن على ان المبالغ المسددة من الطاعن (المشترى) ومقدارها ٨٠٥٠ جنيها (بخلاف مقدم الثمن) لا تفى بقيمة الاقساط الباقية فى ذمته بمقتضى العقدين ومجموعها ١٤٣٧٠ جنيها ، دون بحث للمبالغ المسددة من الثمن المتفق عليه فى كل عقد على حدة والتعرف على ما اذا كانت هذه المبالغ تكفى للوفاء بهذا الباقى ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (١٩٧٩/٥/١٧ – الطعن ٧٩ لسنة ٤٣ق) وبان الشرط الوارد فى عقد الاجار بان التاخر فى الوفاء بالاجرة فى موعدها المحدد يؤدى الى اعتبار العقد بان التأخر فى الوفاء بالاجرة فى موعدها المحدد يؤدى الى اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون ، هذا الشرط لا يمنع المستأجر من المنازعة فى تحققه ومن حق المحكمة ان تمحص دفاعه لتتحقق مما اذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت فتقضى بموجبه ام غير ذلك ، واذن فمتى كانت المحكمة قد قررت ان الفسخ المنصوص فى العقد على وقوعه بمجرد حصول مخالفة لشروطه يحتاج الى حكم يقرر وقوع المخالفة ويثبت مسئولية المتعاقد عنها وكان تقرير المحكمة فى هذا الخصوص مقصورا على النزاع الخاص بتحقق الشرط الفاسخ فانها لا تكون فى تقريرها المشار اليه قد خالفت القانون (١٩٥٢/٢/٢٦- م ق م – ١٣٢ – ٨٥٣)

أحكام النقض :

تنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى على انه يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه " وكانت عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨ تنص على انه " اذ تاخر الطرف الثانى فى سداد اى قسط استحق عليه حل موعد سداد باقى الثمن على المشترى فورا دون حاجة الى اعذار او تنبيه كما يحق للطرف الاول اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائى ويكون له ايضا الحق فى استرداد المحل موضوع التعامل فان البين من هذه العبارة ان الطرفين وان اتفقا على انه اذا تاخر المشترى عن سداد اى قسط مستحق عليه يحل موعد سداد الاقساط دون حاجة الى انذار او تنبيه الا انهما لم يتفقا صراحة على اعفاء البائعة من اعذار المشترى بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ ولا يغير من ذلك اتفاقهما فى البند المشار اليه على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائى ذلك ان الشرط على هذا النحو لا يعفى من الاعذار قبل رفع دعوى الفسخ اعمالا للمادة ١٥٨ من القانون المدنى السالف ذكرها وليس هناك تعارض فى هذه الحالة بين اعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به ، وبالتالى يتعين حصول الاعذار فى هذه الحالة - كشرط لايقاع الفسخ الاتفاقى - وذلك بقصد وضع المدين قانونا فى وضع المتاخر فى تنفيذ التزامه ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من ان مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذار للمدين ، اذ ان شرط ان تشمل صحيفتها على تكليف الاخير بالوفاء بالتزامه (نقض ٢٠٠٠/٢/٢٧ - طعن ٤٨٩٩ س ٦٨ق) .

المقرر انه متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على ان يكون مفسوخا فى حالة تاخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او اعذار او حكم من القضاء فان العقد ينفسخ بمجرد التأخير عمل بنص المادة ١٥٨ من القانون المدنى ولا يلزم اذن ان يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من اعمال اثره ان يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ اذ يبقى له دائما الخيار بين اعمال اثره وبين المطالبة بالتنفيذ العينى (طعن ١٩٨٤/٣/٣٠ طعن ١٦٣٩ س٥٠ق)

القانون لا يلزم العاقد الذى يتمسك بالشرط الصريح الفاسخ دون اعذار بان يبدى رغبته فى ذلك بشكل معين ومن ثم فان لمحكمة الموضوع ان تستخلص ذلك من اى واقعة تفيده متى كان اسنخلاصها له سائغا (نقض ١٩٨٣/١/٢ طعن ١٢٩٩ س ٥١ق) .

جرى قضاء محكمة النقض على ان الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او حكم من القضاء عند عمد الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط ، دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ (نقض ١٩٧٥/٣/١٢ طعن ٦٠١ ، ٦١٣ ، ٦١٤،س٣٩ ق)

انه وان كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقا للشرط الفاسخ الضمنى ان ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيها رسميا الا ان محل ذلك الا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فاذا كان المشترى قد عرض ثمنا اقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحن الفصل فى الدعوى فلا يكون هناك حاجة - لكى يصح الحكم بالفسخ - الى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض ١٩٥٦/٥/٣١ - طعن ٣٩٢ س٢٢ق)

ان المادة ٣٣٤ من القانون المدنى تقتضى انه اذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن كان على القاضى ايقاع الفسخ على المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد اعذاراه بإنذار ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الاعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهه ان البائع يجب عليه اذا اختار الفسخ ان يعذر المشترى بإنذاره اى يكلفه بالوفاء قانونا فإذا لم يدفع فإن البائع فى حل من اعمال خياره فى الفسخ . واذن فباطل زعم المشترى ان الانذار الموجه اليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى اسبوع والا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا عن البائع عن خيار الفسخ ، فان ذلك واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ طعن ١٠٦ س ١٧ق) .

ان الشرط الذى يجعل العرض والاداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق فى فرضه ، ومن ثم فان ايداع المطعون ضدهما (المشترين) باقى الثمن مع اشتراط عدم صرفه للطاعنه (البائعة) الا بعد التوقيع على العقد النهائى طبقا لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والايداع ويبرئ ذمتهما من باقى الثمن ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق الى ان الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم امام الاعذار فان امر الفسخ فى هذه الحالة كون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ، يشترط للقضاء به ان يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض طلب فسخ عقد البيع على ان المطعون ضدهما قاما بالوفاء بباقى الثمن فى الوقت المناسب اذ عرضاه على الطاعنة عرضا حقيقيا واودعاه وذلك قبل الجلسة الاولى المحددة لنظر دعوى الفسخ ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبي القانون (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ طعن رقم ٥٤٤ س ٤٨ق) .

اذ كان القانون لا يشترط الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير اسباب الفسخ الا انه يلزم فيه ان تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له (نقض ١٩٩٠/٦/١٠ طعن ٣٠٩٣ س٥٧ ق ، ١٢٠ س٥٨ق)

اذ كان القانون لا يشترط الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص هذا المعنى بقوله " ... من المتعين اعمال الشرط الفاسخ الوارد فى البند ثانيا من عقد البيع المؤرخ ١٩٧٨/٥/٢٥ ومفاد ان للمستأنف - البائع - المطالبة بكامل الثمن او فسه العقد دون تنبيه او انذار بذلك ، وهذا الشرط على هذا النحو قد وصل الى اعلى مراتب القوة فإذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد اعتبر العقد مفسوخا دون حاجة الى اعذار ولا يملك المشترى فى هذه الحالة ان يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن ولا يملك القاضى ان يمنح المشترى اجلا لدفع الثمن " وهو استخلاص موضوعى سائغ تحتمه عبارة العقد وتؤدى اليه ، فانه لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى التفسير الذى لا مخالفة فيه للقانون . (نقض ١٩٨١/١١/٢٩ طعن ٥٢ س٥١ق) .

لا يشترط القانون الفاظا معنة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير اسباب الفسخ ، وكل ما يلزم فيه ان تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له (نقض ١٩٨١/١١/١٨ طعن ٢٨٨ س ٤٨ق) .

الاتفاق على ان يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه او انذار عند تخلف المشترى عند سداد اى قسط من اقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان يسلب القاضى كل سلطة تقديرة فى صدد الفسخ ، وحسبه ان يتحقق من توافر شروطه (نقض ١٩٨١/١١/١٨ طعن ٣٨٨ س ٤٨ق)

لا يشترط القانون الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فان النص فى الاتفاق على ترتيب اثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه وانذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه فاذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت عن عبارات العقد ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره الى اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند اخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد فى العقد من عبارات فسرتها بانها تفيد الاتفاق على انه فى حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسليمه وذلك بدون اى منازعة وبلا حاجة الى تنبيه او انذار وهو اثر لا يترتب الا على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير ادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى اخذت به فان تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بانه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير كفاية اسباب الفسخ – هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون

القانون لم يشترط الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى ، وعلى ذلك فان ما اثبته الحكم من ان طرفى العقد قد اتفق فى العقد على ان يودع العقد لدى امين حتى يوف المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على انه عند اخلال المشترى بشرط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه باعدام هذا العقد . ثم قرر الحكم ان المستفاد من ذلك ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح اى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الاخلال بشروطه ، فانه لا يكون قد مسخ مدلول العقد لان عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها

اذا كان عقد البيع مذكورا فيه ان البائع قد اشترط لمصلحة نفسه ان عدم دفع القسط الاول يجعل البيع لاغيا ورات محكمة الموضوع ان هذا الشرط ليس معناه ان القسط الاول اذا دفع ولم تدفع الاقساط الباقية يكون الباع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند دفع المتاخر من الثمن ، بل ان هذا الحق ثابت له بنص القانون وباقى له من غير اى اشتراط فى العقد بخصوصه فان تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بانه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين لانه تفسير يحتله العقد ولا غبار عليه قانونا ، ولكن كان يصح هذا الطعن لو ان العقد كان مذكورا فيه بصفة صريحة ان البائع له حق طلب الفسخ اذا تاخر فى دفع ما بعد القسط بل يكون له فقط حق تقاضى المتأخر مضمونا بما له من امتياز على العقار المبيع (نقض ١٩٣٥/٥/٢ طعن ١٠٣ س ٤ق)

اذا اشترط فى عقد بيع التزام المشترى باحضار شهادة بشطب اختصاص على العين المبيعة والا كان العقد لاغيا بغير تنبيه او انذار فقررت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية ان المشترى قد حصل على اقرار من الدائن صاحب حق الاختصاص بشطبه وان هذا الاقرار هو الامر الجوهرى فى التزامه وانا ما بقى من اجراءات الشطب قد كان ميسورا حصوله ولم يعق اتمامه الا تصرفات البائع الكيدية وسعية فى نقض ما تم من جهته بطرق ملتوية فلا تكون المحكمة اذ لم تجب البائع الى طلب الفسخ قد خالفت القانون

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة – انه وان كان الاتفاق على ان يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه او انذار عند تخلف المشترى عن سداد اى قسط من اقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه ان يسلب القاضى من كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، الا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله ، ذلك ان للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ويترتب على ذلك انه متى كان مبنى الفسخ التاخير فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له فانه يتعين على القاضى التحقق من قيلام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبت من اتفاق العاقدين على قيمة كل قسط وما حل اجل سداده (نقض ١٩٩٩/٥/٢٣ طعن ٤٧٩١ س٦٧)

ثالثا : الفسخ القانونى :

لقد نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى على انه :

فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام لسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

وجاء فى مذكرة المشروع التمهيدى :

ان الفسخ يقع عند انقضاء الالتزام على اثر استحالة تنفيذه ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه او بحكم القانون بغير حاجة الى التقاضى ، بل وبغير اعذار متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا ، على ان الترافع الى القضاء يكون ضروريا ، عند منازعة الدائن او المدين فى وقوع الفسخ .

بيد ان موقف القاضى فى هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من ان التنفيذ قد اصبح مستحيلا ، فاذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ثم يقضى بالتعويض او يرفض القضاء به تبعا لما اذا كانت هذه الاستحالة راجعة الى خطأ المدين او تقصيره او الى سبب اجنبى لا يد له فيه .

كما جاء بالمادة ٣٧٣ مدنى انه ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لا يد له فيه

فيلاحظ ما تقدم ان الانفساخ بقوة القانون لا يكون الا حيث يستحيل التنفيذ العينى لسبب اجنبى ، اما اذا استحال التنفيذ بسبب خطأ المدين فان العقد لا ينفسخ بقوة القانون اذا ان المادة ٢١٥ تلزم المدين بالتعويض فى هذه الحالة وهذه هى المسئولية العقدية التى لا يتصور قيامها مع زوال العقد . فالمدين الذى لم ينفذ التزامه بخطأ منه سواء كان التنفيذ ممكنا او اصبح مستحيلا بسبب هذا الخطأ يبقى مسئولا عقدية محكومة بالعقد بما يخول الدائن اما لمطالبته على اساس العقد بالتنفيذ المقابل اى بالتعويض العقدى ، واما ان بطالب – حتى يتخلص هو كذلك من العقد واثره – بالفسخ ، وفى هذه الحالة يلتزم القاضى باجابته لانه لا كون مجال لامهال او الخيار مع ثبوت الاستحالة واذا قضى للدائن بالتعويض فانما يقضى به بعد الفسخ على اساس المسئولية التقصيرية حسبما او ضحنا فى التعليق على المادة ١٥٧ (يراجع فى ذلك الستهورى بند ٤٨٨ – وراجع فيه هامش ص ٧٢٣ حيث ينفذ العبارة الاخيرة من المذكرة الايضاحية فى اشارنها الى الاستحالة بسبب تفصير المدين – جمال زكى بند ١٧٧ و ٢١٢ – الشرقاوى بند ٧٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " عقد البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ الالتزام احد المتعاقدين لسبب اجنبى ، ويترتب على الانفساخ – ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين ولما كان الحكم قد اثبت ان التزام مورث الطاعنين نقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلا بسبب استيلاء جهة الاصلاح الزراعى عليه تنفيذا لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ – بتحديد الحد الاقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا زيد عن مائة فدان – فانه يكون بذلك قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الالزام ترجع لسبب اجنبى " (١٩٧٧/٤/٥ فى الطعن ١٩٩ لسنة ٤٣ق م نقض م – ٢٨ – ٩٠٩ وبنفس المعنى ١٩٧٧/١/١١ – م نقض م – ٢٨- ٢١١ – ونقض ١٩٦٩/٣/١٣ – م نقض م – ٢٠ – ٤٣٢) وبانه " يترتب على نزع ملكية العن المؤجرة للمنفعة العامة انفساخ عقد الايجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب اجنبى " (١٩٦٧/٥/٢٥ – م نقض م – ١٨- ١١٢٩)

وبانه اذا كان الواقع فى الدعوى ان الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن الى بيوت التجارة الالمانية فلما قامت الحرب الاخيرة ترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر والمانيا وصدر الامران العسكريان ٦ سنة ١٩٣٩ ، ١٥٨ سنة ١٩٤١ فى شان الاتجار مع حكومة المريخ ورعاياه فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف احكامها – وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا اجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها ، فان هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة ، ذلك انه متى صار تنفيذ التزام احد الطرفين مستيحلا بعد انعقاد العقد التبادلى بسبب اجنبى فاته ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه وينفسخ العقد حتما بقوة القانون ويعود كل طرف الى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالاحكام العامه فى القانون التى اجملتها المادة ١٧٩ مدنى قديم والتى تطبق على العقود كافة " (١٩٥٩/١١/١٩ – م نقض م – ١٠- ٦٧٧)

ويشترط لوقوع الانفساخ ما يلى :

ان يصير التزام العاقد مستحيلا ، بمعنى يصبح تنفيذه غير ممكن والاستحالة المقصودة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة التى تتعلق بالالتزام فى ذاته من حيث هو ، وليست الاستجالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه .

ان تكون استحالة التنفيذ ناشئة فى تاريخ لاحق لقيام العقد ، فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند ابرام العقد ، فان هذا العقد لا ينفسخ ، ولكنه لا ينعقد اصلا ، اى يقع باطلا لاستحالة محله .

ان تكون استحالة التنفيذ كاملة ، فإذا كانت جزئية فان الانفساخ لا يقع ، وانما يثبت للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ العينى لما بقى ممكنا من محل الالتزام .

والاستحالة الجزئية التى تحول دون وقوع الانفساخ انما تنهض فقط مجرد سبب يخول العاقد الخيار بين ان يطلب الفسخ وبين ان يتمسك بتنفيذه فى حدود ما بقى ممكنا .

ان تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب اجنبى لا يد له فيه ، كما اذا كانت ناشئة عن قوة قاهرة او فعل الدائن او فعل المدين ، ف٧اذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب يعزى الى المدين ، فان العقد لا ينفسخ ، ويبقى التزامه قائما وان استحال الى تعويض لتعذر الوصل الى تنفيذه عينا . (الاستاذ الدكتور /عبد الفتاح عبد الباقى . المرجع السابق ص٦٥٠)

ويلاحظ من الاسباب السابقة انه يتعين ان تكون الاستحالة دائمة كما يجوز الاتفاق على وقف العقد حتى زوال سبب الاستحالة :

فقد قضت محكمة النقض بأن " وضع الاطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة انها من اموال اسرة محمد على ليس الا حادثا طارئا يترتب عليه تاجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين بصفة مؤقتة دون ان يتمحض عن استحالة قانونية دائمة تقضى الى انقضاء هذه الالتزامات وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزمات المؤجلة سيرها ومن ثم فلا يكون لذلك الطارئ من اثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة بين الطرفين فاذا كان الطاعنون (البائعون) قد اقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد ان استقرت العلاقة بين الطرفين بابرام العقد النهائى ، مطالبين المشترى بثمار المبيع على انها من حقهم فان استنادهم فى الدعوى الى قاعدة الاثراء بلا سبب يكون غير صحيح فى القانون ذلك ان الحق فى هذه الثمار اثر من اثار عقد البيع وهى المشترى من وقت قيام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها اثراء بلا سبب " (١٩٦٢/٢/٢٠ – م نقض م – ١٣ – ١١٥٩)

وبأنه من مقتضى القواعد العامة فى القانون المدنى ان الالتزام ينقضى اذا اصضبح الوفاء به مستحيلا بسبب اجنبى لابد للمدين فيه ، وانه فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من العقد من تلقاء نفسه ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل ان تجنيد العامل ، الا انه لا مانع يمنع من اتفاق طرفى العقد على الابقاء عليه ووقف نشاطه فى فترة التجنيد حتى اذا انتهت عاد الى العقد نشاطه واستمر العامل فى عمله تنفيذا لهذا العقد " (١٩٧٢/٣/٢٥ – م نقض م – ٢٣- ٥١٤ وبانه " لا يمنع قرار وزير الاوقاف رقم ١٩ سنة ١٩٤٦ الصادر استنادا الى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشان لائحة اجراءات وزارة الاوقاف والذى ناط بالهيئة القضائية للوزراء القيام بجميع الاجراءات القانونية فى القضايا التى ترتفع منها او عليها من ان تعهد تلك الوزارة الى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الاعمال ، ومن ثم فليس فى ايلولة النظر على الوقف الى وزارة الاوقاف بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ وما يتبع ذلك عن اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالاعمال القضائية ما يعتبر فى حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدنى قوة قاهرة يستحيل معها على المحامى المتعاقد مع الوقف من قبل القيام بالتزامه حتى يمكن القول تبعا لذلك بانقضاء التزام الوزارة بالوفاء بالاجر اعمالا لنص المادة ١٥٩ من القانون المدنى " (١٩٦٢/١١/١ –

م نقض م – ١٣ – ٩٤٨) وبان " بيع البضاعة المتعاقد عليها بامر من القضاء المستعجل خشبة تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدى الى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ فى ذاته الفسخ اذ ان بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيئ المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك ان الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القلانون الجديد هو زوال الشئ من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب افة سماوية او حادث مادى بفعل انسان ، اما بيع الشئ بامر القضاء المستعجل خشية التلف فهو اجراء وقتى قصد به صيانة الشئ المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم اليه ونقل النزاع الذى كان دائرا حول عين معينة الى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف اليه اثر عقد البيع "

ولا يمنع انفساخ العقد بقوة القانون من الزام احد اطرافه بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية:

فقد قضت محكمة النقض بأنه " ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه يستوى فى ذلك ان تكون الاستحالة بتقصير المشترى او بتقصير البائع ولا يبقى بعد الا الرجوع بالتضمينات من احد العاقدين على الاخر فاذا كان المشترى قد انذر البائع له وكلفه الحضو امام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ثم رفع عليه دعوى لاثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمى قابل للتسجيل وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائيا للمدعى الا بعد نزع ملكية المبيع جبرا ورسوا مراده بالفعل على الدائن المرتهن فان هذا يكفى لاثبات ان استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم امكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى للبائع رسميا بالوفاء بالتزامه مما ينفسخ به البيع حتما من تاريخ نزع الملكية وبجعل البائع مسئولا عن النتائج التى ترتبت على هذا نالفسخ من رد الثمن من التضمينات ، فاذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات واسترداد ثمن المبيع استنادا الى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبرا من ملك البائع كان حكمها خاطئا متعينا نقضه " (١٩٣٨/١٢/١٥ – م قم – ٢٢٥ – ٣٨٣ وراجع تعليق السنهورى على هذا الحكم فى هامش ص ٧١١ من الجزء الاول من الوسيط ياخذ عليه تقريره ان العقد ينفسخ باستحالة التنفيذ ولو رجعت الى تقصير المشترى بينما الاستحالة اذا رجعت الى تقصير المشترى كان للبائع مطالبته بالتعويض اما على اساس المسئولية العقدية وفى هذه الحالة بيتى العقد قائما واما ان يطالبه بفسخ العقد مع التعويض)

كما قضت بأن الفسخ يعتبر واقعا فى العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنيا فى حالة طلب المشترى رد الثمن تأسيسا على اخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع اليه وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ " (١٩٧٩/١٢/١٠ فى الطعن رقم ١٠٠٥ سنة ٤٦ق) .

ويترتب على الانفساخ عودة المتعاقدين الى الحالة التى كان عليها قبل العقد :

فقد قضت محكمة النقض بان " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب اجنبى ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب لى الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين " (١٩٧٧/١/١١ – م نقض م – ٢٨ – ٢١١ – وبنفس المعنى فى ١٩٦٩/٣/١٣ – م نقض م – ٢٠ – ٤٣٢)

سلطة محكمة الموضوع :

فقد قضت محكمة النقض بأنه " متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على اسباب قانونية فان البحث فى توافرها يعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض " (١٩٦٢/١١/١ – م نقض م – ١٣-٩٤٨) وبانه " اذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من ان التعاقد لبرم بعد صدور قانون تقسيم الاراضى رقم ٥٢ سنة ١٩٤٠ وان امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كاثر من اثار هذه القانون فلا يمكن للبائع ان يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لا ستحالة التنفيذ فان ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه " (١٩٥٦/٦/٢٨ – م نقض م – ٧- ٧٨٩) وبانه " اذا كان الحكم بعد ان استظهر الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحادث قوة قاهرة قرر ان صدور الامر الادارى الواجب التنفيذ وهو القوار الوزارى رقم ١٠ الصادر فى ١٩٤١/١/٨ بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع موجوداتها واموالها هو الذى حال دون وفائها بالاجرة المستحقة عليها ، واعتبر هذا الحادث عملا من اعمال السلطات التى لها حكم القوة القاهرة وانه كان من شأن هذا الامر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلا وليس مرهقا او عسيرا فحسب للاعتبارات المسوغة التى ساقها فانه لا يكون قد خالف القانون او شابه القصور " (١٩٥٣/٣/٢٦ – م ق م – ١٥٢ – ٢٨٣)

أحكام النقض :

الفسخ القانونى يقع عند انقضاء الالتزام على اثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له . (نقض ١٩٨٠/١٥/٢٢ طعن ١٩١٩ س٤٩ ق)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى سبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين بسبب اجنبى ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعه فى العقد الملزم للجانبيين .(١٩٧٧/١/١١ طعن ٢٥٦ س٤٣ق)

ينفسخ عقد البيع ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة تنفيذ الالتزام احد المتعاقدين لسبب اجنبى ويترتب على الانفساخ ما يترتب الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجنابين فاذا اثبت الحكم المطعون فيه ان التزام البائعين بنقل مليكة المطعن المبيع قد صار مستحيلا بسبب التاميم فانه يكون قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا لالتزام ترجع الى سبب اجنبى لا يد للبائع فيه واذ ان وقوع الاستحالة بهذا السبب الاجنبى لا يعفى البائع من رد الثمين الذى قبضه بل ان هذا الثمن واجب رده فى جميع الاحوال التى يفسخ فيها العقد او ينفسخ بحكم القانون وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠من القانون المدنى ويقع العزم على البائع نتيجة تحمله تبعه انقضاء التزامه الذى استحال عليه تنفيذه ومن ثم يكون غير منتج دفاع البائع بعدم دفوع خطأ منه " (نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ طعن ١٨٢ س٢٤ ق) .

الاثار المترتبة على الفسخ :

اذا تم فسخ عقد البيع أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، واذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م١٦٠ مدنى) وينحل البيع باثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة الى الغي وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

وتنص المادة ١٦٠ : اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية : ويترتب على الفسخ قضائيا كان او اتفاقيا او قانونيا انعدام العقد انعداما يستند اثره فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه واذا اصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملزم وفقا للاحكام الخاصة بدفع غير المستحق .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل باثر رجعى لا من وقت النطق بالحكم فحسب بل من وقت نشوء العقد واذا كان هذا مفهوما الفسخ الاتفاقى والفسخ القانونى حيث يقتصر الحكم على تقرير ان العقد مفسوخا دون ان ينشئ الفسخ ، فانه ايضا مفهوم فى الفسخ القضائى ولو ان الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد مانع من ان يكون الحكم منشئا للفسخ ويكون له مع ذلك اثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم " وينحل البيع باثر رجعى فيما بين المتابعين وبالنسبة الى الغير ويترتب على انحلال البيع باثر رجعى فيما بين المتابعين ان البيع يعتبر كان لم يكن ، ويعاد كل شئ الى ما كان عليه قبل البيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد باثر رجعى منذ نشوئه ، ويعتبر كان لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل ، وبالتالى فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المبيعة الى المطعون عليه - البائع - وان يرد الاخير ما قبضه من الثمن" (١٩٧٦/١٠/١٩ - م نقض م - ٢٧ - ١٤٦٧) وبانه " (متى كان الطاعن - البائع - قد اخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طنا ، وقضى تبعا بفسخ العقد فلا محل لان يطالب الطاعن بالالغاء على مقدم الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما نقضى به المادة ١٦٠ من القانون المدنى من ان الفسخ يعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد ان تم فسخه ، ولا يجوز للطاعن بالتالى ان يطالب بتكاليف اعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها" (١٩٧٤/١٢/٣ - م نقض م - ٢٥ - ٣١٥)

وبأن مؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى انه اذا فسخ العقد سقط اثره بين المتعاقدين واعتبر كان لم يكن واعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل ابرامه " (١٩٦٨/٢/٢٧ - م نقض م -١٩- ٣٨١) وبان المشرع وان كان قد اجاز للمشترى - طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدنى - الرجوع على البائع له - فى حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق الا انه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على اساس ان البائع قد اخل بالتزامه وهو ما اشارت اليه المادة السابق ذكرها بقولها " كل هذا ما لم يكن رجوع المشترى مبنيا على المطالبة بفسخ البيع او ابطاله " - ومن مقتضى ذلك انه فى حالة القضاء بالفسخ تترتب الاثار التى نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون وهى ان يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد ان تم فسخه " (١٩٦٧/٨/١٥ - م نقض م - ١٨- ١٥٠٠ " وبانه " يترتب على الانسفاخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيرد المشترى المبع وثماره اذا كان قد تسلمه ، ويرد البائع الثمن وفوائده ، واذ كان الثابت ان المطعون عليهما قد اقاما دعواهما طالبين الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لهما من المرحوم .... الذى يمثله الطاعن لاستيلاء الاصلاح الزراعى على الاطيان موضوع العقد فى يونيه سنة ١٩٥٨ اعتبارا من اول نوفمبر سنة ١٩٥٥ وبتعويضهما عن الاجر التى دفاعها الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى عن المدة من سنة ١٩٥٥ حتى سنة ١٩٥٨ ، وكان يترتب على هذا الاستيلاء انفساخ العقد حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب استحالة نقل الملكية اليهما ، فانه يكون عليهما وقد انفسخ العقد ان يردا الثمار الى البائع عن المدة السابقة على استيلاء الاصلاح الزراعى على الارض مقابل رد البائع ما عجل من الثمن وفوائده حتى تاريخ الاستيلاء ، اما بعد هذا الاستيلاء فان وضع يد المطعون عليهما على الاطيان لا يكون مستندا الى اية رابطة تربطهما بالطاعن بعد ان انفسخ عقده ، والت الملكية للاصلاح الزراعى بحكم القانون الامر الذى يترتب عليه قيام علاقة جديدة بين المطعون عليهما والاصلاح الزراعى من تاريخ الاستيلاء ولا شان للطاعن بالاطيان مادام انه لا خلاف فى ان المطعون عليهما الاولين هما اللذان كانا يضعان اليد عليها فى المدة من اول نوفمبر سنة ١٩٥٥ حتى اخر اكتوبر سنة ١٩٥٨ ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه اذا قضى للمطعون عليهما ضد الطاعن بمبلغ ..... تعويضا عن اجرة الاطيان المستحقة للاصلباح الزراعى فى المدة المذكورة التالية لانفساخ العقد قد خال القانون واخطأ فى تطبيقه " (١٩٧٤/١١/٢١ - م نقض م - ٢٥ - ١٢٦٦)

اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

ينحل العقد ويعتبر كان لم يكن ، وتجب اعادة كل شئ الى ما كان عليه قبل العقد فإذا كان المشترى المبيع رده هو وثمراته واذا كان البائع قد قبض جزءا من الثمن او اقساطا من الايراد المترتب مدى الحياة رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع ان يحبس ما قبضه حتى يسترد المبيع وثمراته كما يجوز للمشترى ان يحبس المبع وثمراته حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن ، وذلك كله طبقا للقواعد المقررة فى حق الحبس ، واذا بنى المشترى او غرس فى العين المبيعة ، اعتبر بانيا او غارسا بسوء نية ، لان الفسخ يترتب بسبب ات من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة فى البناء او الغراس فى ارض الغير ، وكذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية ، تطبق فيها القواعد المقررة فى هذا الشان مع اعتبار المشترى سيئ النية ، واذا هلك المبيع فى يد المشترى قبل ان يرده ، فان كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض وان كان الهلاك بسبب اجنبى فللبائع اذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع ان يعدل عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ فتكون تبعة هلاك المبيع على المشترى

اما اذا كان صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب اجنبى فى يد المشترى مسئولا عن هلاك المبيع الا بقدر ما عاد عليه من منفعته ، كما اذا كان المبيع قد تلف فيرده المشترى فى الصورة التى ال اليها . واذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فاصبح سيئ النية ، ثم هلك المبيع بسبب اجنبى ، وجب على المشترى ان يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، الا ان يثبت ان المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده الى البائع وقت الفسخ (م٩٨٤ مدنى) وللبائع اذا اجيب الى فسخ البيع ان يطالب المشترى – فوق رد المبيع – عما اصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن القيام بالتزامه .

اثر الفسخ بالنسبة للغير :

ينحل العقد بالنسبة الى الغير باثر رجعى . فاذا كان العقد بيعا ، وباع المشترى العين الى مشترى ثان او رتب عليها حقا عينيا كحق ارتفاق او حق انتفاع ، ثم طلب البائع بفسخ البيع واوجيب الى طلبه ، رجعت العين اليه خالية من هذه الحقوق .

غير انه يجب بتسجيل دعوى الفسخ ، وفقا لنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى، التى تلزم التأشير فى هامش سجلات المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجودا او صحة او نفاذا ، كالدعاوى البطلان او الفسخ او الرجوع ، فاذا كان المحرر الاصلى لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى .

وتنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى " يترتب على تسجيل الدعاوى او التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبقا القانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينيه ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى او التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما .

ويلاحظ مما تقدم انه يشترط لذلك ان يكون حسن النية وقت اكتسابه الحق العينى ، فان كان سيئ النية فى ذلك الوقت او قبله ، فانه يحاج بحكم الفسخ وحينئذ يلتزم برد الشئ الى المدعى فى دعوى الفسخ ، اما اذا اصبح سئ النية بعد إكتسابه الحق العينى ، فلا اثر لذلك لان العبرة فى الاحتجاج عليه بحكم الفسخ ان يكون سئ النية وقت اكتسابه الحق لا بعد ذلك ، وحسن النية مفترض فلا يكلف من تلقى الحق اثباته وانما على من يدعى سوء نيته اثبات ذلك ، ويتوافر سوء النية بتحقق العلم بسبب الفسخ ، وقد نتصت المادة ١٧من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على انه يترتب على تسجيل دعاوى البطلان او الفسخ او الالغاء او الرجوع او التأشير بها ان حق المدعى اذ تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء ن تاريخ تسجيل تلك الدعاوى او التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير او التسجيل المشار اليهما .

اما ان كان الغير قد تلقى الحق العينى بعد تسجيل دعى الفسخ او بعد التأشير بها فى هامش تسجيل العقد محل دعوى الفسخ ، فانه يحاج بالحكم الصادر بالفسخ سواء كان حسن النية وقت تلفيقه الحق او كان سيئها ، ومن ثم يزول حقه العينى بمجرد التأشير بمنطوق حكم الفسخ فى هامش تسجيل الصحيفة او فى هامش تسجيل العقد المقضى بفسخه ، وينسحب هذا التأشير الى تاريخ تسجيل الصحيفة او التأشير بها ، وبذلك تقوم قرينة قانونية قاطعة على علمه بسبب الفسخ بما يتوافر به سوء نيته اعمالا لقرينة شهر التصرف والعبرة بالاحتجاج على الغير بحكم الفسخ بالتاشير بها ، فان لم يتم التاشير بالحكم او تسجيله فلا يحاج الغير بدعوى الفسخ حتى لو كانت مسجلة او مؤشر بها ، يدل ذلك على ان العبرة ليس برفع الدعوى وانما بصدور حكم نهائى بالفسخ والتأشير به .

الاثر الرجعى :

ويقوم الاثر الرجعى على افتراض ان تصرفا من التصرفات او واقعة من الوقائع قد حدثت فى وقت سابق على الوقت الحقيقى الذى وقعت فيه .

وبهذا التصوير لفكرة الاثر الرجعى باعتباره من قبل الافتراض يمكن ان نجد لها تطبيقات عديدة فى القانون المصرى ، منها الاثر الرجعى للقسمة والاثر الرجعى للبطلان والفسخ . وفيما يتعلق بالفسخ

تنص المادة ١٦٠ على انه اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

يترتب على فسخ العقد الملزم للجانبين ، ما يترتب علي انحلاله بوجه عام ، اذ يصبح العقد كان لم يكن فيزول وتزول كافة الاثار التى ترتب عليه ، ويعود كل متعاقد الى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد مما مؤداه ان يسترد كل متعاقد ما كان قد اعطاه للمتعاقد الاخر ، ليس هذا فحسب ، بل يرد ايضا ناتج ما كان قد تسلمه ، وينصرف هذا الناتج الى الفوائد والثمرات اذا طالما عاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فان كلا منهما ، يفترض انه لم يسلم محل التزامه للمتعاقد الاخر ، وبالتالى تكون له فائدة ما اعطى او ثمراته ، ويعتبر كل متعاقد انه لم يتصرف فى هذا المحل انه انتفع بنتاجه ، ويترتب على ذلك ، ان المتعاقد لا يرد ما تسلمه فقد وانما يرد ايضا فوائده او ثمراته التى استحقت منذ تسلم محل التزا المتعاقد الاخر ، وتلك هى دلالة الاثر الرجعى للفسخ ، ولكن لما كان يترتب على فسخ العقد ، ان يصبح المحل الذى تسلمه المتعاقد غير مستحق له ، فان فوائده وثمراته تصبح ايضا غير مستحقه له . وقد تدخل المشرع بالنسبة لتلك الفوائد والثمرات فلم يجعل استحقاقها منذ بدء التعاقد وانما من وقت المطالبة القضائية بها ، اذ نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون المدنى على انه يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى وتقع المقاصة القانونية بقدر الاقل من الفوائد والثمرات وينحصر الالتزام فيما زاد بعد اجراء المقاصة .

فاذا فسخ عقد البيع يلتزم البائع برد الثمن وفوائده ، كما يلتزم المشترى برد المبيع وثمراته اذا كان من شأنه ان ينتج ثمرات ، ولا تستحق الفوائد والثمرات الا من يوم رفع الدعوى بالفسخ والرد او رفع دعوى الرد بعد الحكم بالفسخ طالما لم تتضمن دعوى الفسخ طلبا بالرد للمحل وفوائده او ثمراته ، اذ لا يكفى طلب رد المحل – الثمن او المبيع – لتقضى المحكمة بالفوائد او الثمرات ، بل يجب ان تكون قد طلب ، وقضت محكمة النقض بأن " مؤدى القضاء بفسخ العقد انحلاله باثر رجعى مذن نشؤئه واسترداد كل متعاقد ما قدمه للاخر وفقا لاحكام ما دفع بغير حق التى تلزم المستلم بالفوائد من تاريخ المطالبة القضائية عملا بالمادة ١٨٥ من القانون المدنى (نقض ١٩٨٩/٣/٦ طعن ٢٠٩٢ س ٥٧ ق)

ولما كان المبيع يقابله الثمن ، والثمرات تقابلها الفوائد ، وكان يشترط للحق فى الحبس ان يكون الدينان متقابلين ، ومن ثم يحبس المبيع لحين استرداد فوائد الثمن او حبس الثمن لحين استرداد ثمرات المبيع راجع نقض ١٩٩٠/١/١٦ .

قرر انه فى حالة الفسخ يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل ابرام العقد . بمعنى ان الفسخ اثرا رجعيا .

وقد ثار التساؤل عما اذا كان هذا الاثر الرجعى ينطوى على افتراض لم لا . يذهب البعض الى انه يقوم على الافتراض .

ويذهب راى اخر الى الاثر الرجعى لا يتضمن ثة افتراض ، فأثبت على ان العقد الذى يقرر فسخه ، ان وجد صحيحا من الناحية القانونية الا انه لم ينصر فى اى وقت من احد طرفيه ، وذللك فانه متى تقرر فسخه ، ارتد ذلك باثر رجعى الى وقت ابرامه ، وكان متفقا مع الحقيقة تماما ولا ينطوى على ثمة افتراض.

ويستثنى من الاثر الرجعى للفسخ عقود المدة سواء كانت من العقود المستمرة او من العقود الدورية التنفيذ لان الزمن عنصر جوهرى فيها وهو يستعصى على الرد ومن ثم تترتب اثار الفسخ من وقت وقوعه سواء بموجب الحكم النهائى او من وقت وقوعه سواء بموجب الحكم النهائى او من وقت تحقق شرط الفسخ الاتفاقى وتبقى المدة السابقة محكومة بالعقد ومحتفظة باثارها " (السنهورى بند ٤٧٩ - الشرقاوى بند ٧٧ - حجازى بند ٦٠٢ - وقارن جمال زكى بند ٢٢٠)

وقد قضت محكمة النقض بانه " وان جاء النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى على انه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ..." قطعة الدلالة على الاثر الرجعى للفسخ وعلى شموله العقود كافة ، الا انه من المقرر بالنسبة لعقد المدة او العقد المستمر - الدورى التنفيذ - كالايجار - انه يستعصى بطبيعته على فكرة الاثر الرجعى لان الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره احد عناصر المحل الذى ينعقد عليه ، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه ، فاذا فسخ عقد الايجار بعد البدء فى تنفيذه ، فان اثار العقد التى انتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الاجرة لا التعويض ، ولا يعد العقد مفسوخا الا من وقت الحكم النهائى الصادر بالفسخ لا قبله ، ويعتبر الفسخ عن بمثابة الغاء العقد فى حقيقة الواقع " (١٩٧٩/٢/٧ - الطعن رقم ٥٠٩ سنة ٤٦ق) وبأنه " وان كان القضاء بفسخ عقد الايجار ليس له من اثر رجعى ، الا انه لما كان الثابت ان عقد الايجار كان وقت التصرف ببيع المقهى الى الطاعنة قابلا للفسخ وانتقل اليها محملا بهذا العيب ، وكان هذا التصرف ليس من شانه ان يسقط حق المؤجر فى طلب الفسخ لمخالفة ارتكابها المستاجر الاصلى قبل حصوله ، فانه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه" (١٩٧٩/٢/٧ فى الطعن رقم ٥٠٩ سنة ٤٦ق) وبانه " اذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة فان هذا الفسخ خلافا للقواعغد العامة فى الفسخ لا يكون له اثر رجعى ، انما تحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، اما قيامها واعمالها فى الماضى فانها لا تتأثر بالحل ، وبالتالى فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى والتى توجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فى حالة فسخه مما يقتضى ان يرد كل منهما ما تسلمه من الاخر تنفيذا للعقد ، وانما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها وتصفية اموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع فى ذلك الاحكام الواردة فى المادة ٥٣٢ من القانون المدنى وما بعدها ، وقبل اجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك ان يسترد حصته فى رأس المال لان هذه التصفية هى التى تحدد صافى مال الشركة الذى يجوز قسمته بين الشركاء ، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده فى خصوص استرداد حصته فى رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الاوان " ١٩٦٩/٦/١٢ م نقض م - ٢٠- ٩٢٩) .

ويسرى الاثر الرجعى للفسخ على الغير وذلك دون الاخلال بما قد يرتبه القانون من احكام فى هذا الصدد . ومن اهمها احكام التسجيل ومن ثم لا يسرى الفسخ فى مواجهة من اكتسب حقا عينيا على العين وسبق التى تسجيله قبل تسجيل دعوى الفسخ كالمشترى الثانى ممن فسخ عقد شرائه اما اذا لم يكن قد ترتب للغير حق عينى فان الحق الشخصى لا يحاج به صاحب الحق فى الاسترداد الا حيث نص القانون على ذلك كالشأن فى اعمال الادارة التى ابرمت مع الغير حسن النية (جمال زكى بند ٢٢١ – حجازى بند ٦٠٢ – السنهورى ٤٧٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدنى تنص على انه اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة الى الغير باثر رجعى فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المبيعة الى البائع ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها كما يكون للمشترى ان يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة اذا امتنع هذا البائع عن رده اليه وذلك كأثر من اثار فسخ العقد " (١٩٦٦/٣/٢٤ – م نقض م – ١٧ – ٧٠٨ ويراجع حكم النقض الصادر فى شان اثر التقابل مع الغير جلسة ١٩٧٩/١/١٠ فى الطعن رم ٦٧٢ سنة ٤٥ق) .

ويجوز الحكم مع الرد بالتعويض :

فقد قضت محكمة النقض بان " لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، ان يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، او ان يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشترى ما خسره ، وما حرم منه من الارباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى اذا اجرى الفوائد التعويضية على البائع ان يتبع احكام فوائد التاخير المشار اليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع " (١٩٧٢/٢/٢٩ – م نقض م – ٢٣ – ٢٦١)

ويكون لكل من العاقدين بعد الفسخ حبس ما استوفاه حتى يسترد ماله فى ذمة الطرف الاخر ، كما يمكن اجراء المقاصة : فقد قضت محكمة النقض بأن " ثبوت حق المشترى فى حبس قيمة الثمار الى ان يستوفى من البائع – بعد فسخ عقد البيع – ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن ، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع على ان يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا باداء البائع للمشترى ما هو مستحق له فى ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ الوفاء " (١٩٦٨/٦/٢٧ – م نقض م – ١٩- ١٢٣٤) وبأنه " وان كان يترتب على انفساخ عقد البيع ان يعاد العقادان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره اذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، الا ان استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائده الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الاقل منهما " (١٩٦٨/٢/٢٢ – م نقض م – ١٩- ٣٤٥)

أحكام النقض :

اذا كان الثابت بالاوراق ان الطاعن تمسك امام محكمة الموضوع بعدم امكان اعادة الحال الى ما كان عليه وتسليمه ارض المطعون ضدهم خالية كأثر من اثار الفسخ وذلك تأسيسا على ان البناء اقيم على هذه الارض وارض اخرى ضمت اليها وبلغت مساحتها جميعها ١٠٢٩ م^{٢} لا يتجاوز ارض المطعون ضدهم فيها نسبة ٦٠% فقط وانه لا يتصور تسليم اى جزء من الارض خالية الا اذا هدم العقار باكمله وفى ذلك ضياع للمال واهداره . واذ لم يعن الحكم بإيراد هذا الدفع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته اذ من شأنه لو تحقق ان يغير وجه الراى فى شأن قضائه بالازالة والتسليم فان الحكم يكون معيبا بالقصور . (نقض ٢٠٠٠/٧/١ طعن ١٣٩٠ س ٦٩ ق) .

النص فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على ان يترتب على فسخ عد البيع انحلال العقد باثر رجعى منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة الى البائع - بالحالة التى كانت عليها وقت التعاقد - وان يرد الى المشترى ما دفعه من الثمن (نقض ١٩٨٣/٣/٨ طعن ١٤٥٨ س ٤٩ق) .

مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد باثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل ، وبالتالى فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المبيعة الى المطعون عليه - البائع - وان يرد الاخير ما قبضه من الثمن (نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ طعن ٤٥٨ س ٤٠ق) .

مؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى انه اذا فسخ العقد سقط اثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن واعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل ابرامه (نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ طعن ١٣١ س٣٤ق).

من المقرر ان ما يلزم كل طرف من اطراف العقد المفسوخ برده الى الاخر فى هذه الحالة انما هو عين ما اعطى لا ما يقابله ادام ذلك غير مستحيل (نقض ١٩٩٣/٧/١٩ طعن ٤٤٥٦ س٦١ق) .

مقتضى انحلال العقد باثر رجعى نتيجة للفسخ ، ان يسترد كل متعاقد عين ما قدمه لا ما ياقابله ، ولازم ذلك انه وقد فسخ العقد محل النزاع وملحقه لا خلال الطاعن بالتزاماته الناشئة عنهما فانه يحق للمطعون ضدها استرداد ا دفعته اليه من مبالغ وبذات العملة المسددة بها اى بالدولارات الامريكية وليس بما يعادلها من العملة المحلية ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فلا تكون به حاجة الى بيان سعر الصرف الذى يتم على اساسه تحويل المبلغ المقضى به الى العملة المحلية لان محل الالتزام هو ذات العمل الاجنبية وليس ما يقابلها وفى ذلك ما يكفى للتعريف بقضاء الحكم وينأى به عن التجهيل . (نقض ١٩٨٩/٣/٦ طعن ٢٠٩٢ س٥٧ق)

المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع انحلاله باثر رجعى مذن نشوئه فيرد المشترى المبيع وثماره ويرد البائع ما قبضه من ثمن وفوائده .

وكان لازم القضاء بفسخ عقد البيع ثبوت حق الطاعن فى ثمار المبيع بغير توقف على طالب المطعون ضدهم استرداد الثمن المدفوع وفوائده ، فان الحكم المطعون فيه اذا قضى برفض طلب الريع لمجرد ان الطاعن قد استوفى الثمن يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه (نقض ١٩٨١/١٢/٣١ طعن ١٣٠٤ س ٤٨ق) .

التزام المشترى برد الارض المبيعة - بعد فسخ عقد البيع - انما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن اما التزام المشترى برد الثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد ما قبضه من فوائد الثمن ومن ثم فان من حق المشترى ان يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن (نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ طعن ٤٩٢ س ٣٤ق) .

الصحيح فى القانون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ان التزام المشترى برد العقار المبيع قد فسخ البيع وانما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وان التزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابله التزام الباع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه ان من حق المشترى ان يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن .(نقض ١٩٧٢/٤/١٨ طعن ٣٢١ س ٣٧ق وراجع نقض ١٩٩٠/٦/٢١)

ن كان يترتب على انفساخ عقد البيع ان يعاد العاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره اذا كان د تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده الا ان استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الاقل منهما (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ث ٤٣٢ نقض ١٩٧٧/٤/٥س٢٨ ص٩٠٩ ونقض ١٩٧٦/١٠/١٩ س٢٧ ص١٤٦٧) .

انه وان كان للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يستوفى الثمن السابق له دفعه تأسيسا على ان التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ اللبيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه اليه من الثمن فما دام هذا الاخير لم يقم بالتزامه بالرد كان له ان يمتنع عن النسليم وان يحبس العين لكن ذلك لا يترتب عليه الحق فى تملك المشترى ثمار المبيع بعد ان اصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، واذا صح للمشترى فى التحدى بقاعدة " واضع اليد حسن النية يتملك الثمرة " فى تملك الثمار التى استولى عليها قبل رفع دعوى الفسخ فان هذا التحدى لا يكون له محل بالنسبة للثمار التى جنيت بعد رفعها من اجانبه واستناده فى طلب الفسخ الى استحاق العين المبيعة للغير ولا يحول دون رد هذه الثمار لمالك العين قبوت الحق له فى حبسها لان هذا الحق انما قرر له ضمانا لوفاء البائع ، بما قضى عليه بدفعه اليه نتيجة فسخ البيع ، وليس من شأنه هذا الحق تمليك المشترى ثمار العين المبيعة بل يجب عليه تقديم حساب عنها للمالك .

واذن فمتى كان الواقع هو ان الطاعن باع للمطعون عليهن ارضا وقضى بفسخ البيع والزامه بان يدفع اليهن الثمن الذى سبق دفعه اليه ثم اقام دعواه طالبا الحكم بالزامهن بان يدفعن اليه مقابل ثمار المبيع وكان الحكم اذ قضى باحقية المطعون عليهن فى ثمار المبيع قد اسس قضاءه على ان الطاعن وان كان على حق فى مطالبة المطعون عليهن بريع العين من تاريخ البيع غير انه يعترضه فى هذه الحالة المبدأ القاتل بأن " واضع بحسن نية يتملك الثمرة " وانه من المقرر قانونا ن البائع له الحق فى حبس العين حتى يوفى مبلغ الثمن ، وهو فى وضع يده على العين المبيعة حسن النية فلا يطالب بثمرات العين فى فترة حبسها وكذلك المشترى الذى يفسخ عقد البيع الصادر له يحق له حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه وهو فى وضع يده حسن النية فلا يطالب بثمرات العين فى فترة حبسها متى كان الحكم قد اقام قضاءه على ذلك فانه وان كان قد اصاب فيما قرره من تملكهن للثمار استنادا الى حسن نيتهن وحقهن فى حبس العين المبيعة (نقض ١٩٥١/١/٤ طعن ٨١ س ١٩ق) استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سدده للاخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الامر الذى اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها عليه انه يصح استرداد غي المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد ان تحقق لما كان ذلك وكانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فان الحكم المطعون فيه اذا الزم الطاعن بالفوائد اعتبارا من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة امامها فانه يكون اصاب صحيح القانون (نقض ١٩٨٩/٣/٦ طعن ٢٠٩٢ س٥٧ ق)

مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى ان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد باثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كان لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للاخر ، ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه ما سدده للاخر من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الامر الذى اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على انه يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد ان تحقق ، لما كان ذلك وكانت المادة ١٨٥ /٣ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فان الحكم المطعون فيه اذ الزم الطاعن بالفوائد اعتبارا من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة امامها فانه يكون قد اصاب صحيح القانون .

لئن كان حق المشترى فى استرداد الثمن من البائع فى حالة فسخ البيع يقوم على اساس استرداد ما دفع بغير حق الامر الذى اكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على انه يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد ان تحقق ، وهو ما ينطبق على حالة ما اذا نفذ احد المتعاقدين التزامه فى عقد فسخ بعد ذلك الا انه فى حالة انفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ مدنى لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الاطيان المبيعة تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى ومنازعة البائع فى حثول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى واثناء نظرها لا يقضى برد الثمن الا كاثر من الاثار المترتبة على فسخ العقد او انفساخه طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدنى واذ كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى ولا تتقادم الا بخمس عشرة سنة فانه طالما يكون للدائن ان يرفع هذه الدعوى ، فانه يكون له ان يطالب بالاثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن ، اذا لا يكون هذا الثمن مستحق الاداء وممكنا المطالبة به الا بعد تقرير الفسخ (نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٤٥)

نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى يدل على ان فسخ العقد اتفاقا او قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال ما كانت عليه قبل العقد فاذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشترى المبيع الى البائع ورد البائع الثمن الى المشترى فاذا كان المشترى قد اقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادام ان الفسخ قد ترتب بسبب ات من جهته ، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٦٢٤ من القانون المدنى التى تنص على انه " اذا اقام شخص بمواد من عنده منشأت على ارض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الارض ، كان لهذا ان يطلب ازالة المنشآت على نفقة من اقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم يعلم فيه باقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الارض بسبب هذه المنشآت ، ويجوز لمن اقام المنشات ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالارض ضررا الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبى المنشآت طبقا لاحكام الفقرة السابقة " وذلك بالنسبة لحق البائع فى طلب ازالة ما يكون المشترى قد اقامه من مبان على الارض المبيعة او استبقائه مع دفع المقابل ، وكذلك حق المشترى الذى اقام البناء على الارض التى عادت ملكيتها الى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذى يستحقه عند الزالة البناء ولا يتصور فى هذه الحالة اعمال القاعدة الواردة فى تلك المادة ، والتى تفيد حق صاحب الارض فى طلب ازالة البناء بان يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه باقامة البناء ، وذلك انه طالما ان العقد ما زال قائما لغم يفسخ فلا يتصور الزام البائع بذلك القيد عند طلبه الازالة لام ذلك لن يكون الا بعد انحلال العقد ، ومن ثم فان ذلك القيد الزمنى فى طلب الازالة لا يسرى فى حق البائع الا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد اذا كان البائع عالما باقامة المنشات قل ذلك او من تاريخ علمه باقامتها اذا كان العلم بعد الفسخ ، وفى جميع الاحوال فان حق البائع فى طلب الازالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم ، اذ كان ذلك فانه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون اذا احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليها باقامة المنشآت قبل فسخ العقد طالما انه انتهى صحيحا الى رفض الدفع بسقوط حقها في طلب الازالة (نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ طعن ٤٧٢ س ٤٤ ق)

فسخ عقد الإيجار :

- الحالات التى يتم فيها فسخ عقد الإيجار :

١) عدم الالتزام بتسليم العين المؤجرة :

وتنص المادة ٥٦٥ مدنى على انه :

إذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من اجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين إذا كان لذلك مقتضى .

وإذا كانت العين المؤجرة فى حالة من شانها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ، ولو كان قد سبق له إن نزل عن هذا الحق .

فإذا لم يقم المؤجر بتسليم العين وملحقاتها وفى المكان والزمان المحددين كان للمستأجر أن يطلب التنفيذ عينا أو إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار وله فى جميع الحالات طلب التعويض

ويشترط فى طلب التنفيذ العينى أن يكون ممكنا وإذا سلمت العين بحالة لا تفى بالغرض نها كاملا فيكون للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع ،ـ ويكون له كذلك فسخ العقد وله فى جميع الحالات السابقة أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " إخلال المؤجر بالتزامه بالتسليم يترتب عليه قيام حق المستأجر فى طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بمقدار ما نقض من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى ذلك أن الأجرة مقابل لانتفاع بالعين المؤجرة وملحقاتها فإذ فوت المؤجر الانتفاع على المستأجر بإهماله بالقيام بما التزم به يكون من حق المستأجر قانونا طلب الفسخ والتعويض ، وان يدفع بعدم استحقاق المؤجر للأجرة كلها أو بعضها بالقدر الذى لم يستوف به منفعة العين المؤجرة فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على ما طلبه الطاعن المستأجر من إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من انتفاعه بالعين المؤجرة وقضى له بالتعويض عن الأضرار التى لحقته بسبب إخلال المؤجر بالتزامه بتسليم ماكينة الرى الملحقة بهذه العين على الوجه المتفق عليه فى العقد دون أن يفصح عما إذا كان قد راعى فى تقدير التعويض مقابل ما نقص من الانتفاع بسبب هذا الإخلال فانه يكون معيبا بالقصور . (نقض ١٩٦٣/٦/١٣ س١٤ ص ٨٥١)

إخلال المؤجر بالتزامه بالترميم :

فتنص المادة ١/٥٦٧ مدنى على أنه :

على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها وان يقوم أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية "

وتنص المادة ٥٦٨ مدنى على انه :

" إذا تأخر المؤجر بعد اعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة ، جاز للمستأجر ان يحصل على ترخيص من القضاء فى إجراء ذلك بنفسه ، وفى استيفاء ما أنفقه خصما من الأجرة ، وهذا دون إخلال بحقه فى طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة "

إذا لم يختر المؤجر التنفيذ العينى ، جاز له أن يطلب فسخ الإيجار إذا كان حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب حاجتها الى الترميمات حرمانا جسيما يبرر الفسخ

وللمحكمة حق التقدير طبقا للقواعد العامة ، فلها أن تجيب المستأجر إلى الفسخ أو أن تمهل المؤجر حتى يقوم بالترميميات .

٣) هلاك العين المؤجرة :

فتنص المادة ٥٦٩ مدنى على انه " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه .

أما إذا كان الهلاك جزئيا أو إذا أصبحت العين فى حالة لا تصلح معها للانتفاع الذى أوجرت من اجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد فى شئ من ذلك فيجوز له اذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب بإعادة العين الى الحالة التى كانت عليها ان تطلب تبعا للظروف أما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته دون إخلال بما له من حق فى أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا لأحكام المادة السابقة .

ولا يجوز للمستأجر فى الحالتين السابقتين أن يطلب تعويضا إذا أن الهلاك أو التلف يرجع الى سبب لابد للمؤجر فيه "

فيلاحظ من نص المادة السابقة أنه " بهلاك العين المؤجرة هلاكا كليا أصبح تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا ومن ثم ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون .

فى حالة الهلاك الجزئى للمستأجر أن يطلب أما فسخ الإيجار إذا كان يمنعه من الانتفاع بالعين المقصود أو كان الخلل بحيث يفوت عليه منفعة العين ، وأما إنقاص الأجرة .

ولا ينفسخ الإيجار من تلقاء نفسه ، بل يجب أن يصل اتفاق بين المتعاقدين ، أو يصدر حكم بذلك والمحكمة هى التى تقدر ما إذا كان هناك محل للفسخ أو يجب الاكتفاء بإنقاص الأجرة .

وإذا كانت الهلاك بقوة قاهرة انقضت العلاقة بين المؤجر والمستأجر فلا يستطيع الأول أن يجبر الثانى على العودة إلى العين ، ولا يستطيع الثانى أن يجبر الأول على إعادة العين إلى أصلها للعودة إليها ، حتى ولو كان المؤجر قد تقاضى تعويضا من شركة التأمين .

وفى كل الأحوال التى تهلك العين فيها بقوة قاهرة ، لا يجوز للمستأجر أن يطالب المؤجر بتعويض .

وإذا انفسخ العقد زالت التزامات كل من المؤجر والمستأجر ، ومن ثم لا تستحق الأجرة على المستأجر من وقت الهلاك ، وإذا كان قد عجلها استرد ما لم يستحق منها .

أما إذا كان الهلاك بخطأ من المؤجر ، فلا يجبر إعادة العين ، إنما يكون مسئولا عن تعويض يدفعه للمستأجر عن الضرر الذى أصاب هذا الأخير بسبب انفساخ الإيجار قبل انقضاء مدته .

وإذا كان الهلاك بخطأ المستأجر فإن الإيجار يفسخ ويكون المستأجر مسئولا عن تعويض المؤجر عن هلاك العين وعن فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته .

أما إذا كان الهلاك بفعل الغير ، فالإيجار ينفسخ دائما ، ويرجع كل من المؤجر والمستأجر بتعويض على من تسبب فى الهلاك .

٤) إخلال المؤجر بضمان التعرض :

على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغير يخل بهذا الانتفاع .

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو لدى اتباعه بل يمتد هذا الضمان إلى كل تصرف أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق من المؤجر (م ٥٧١ مدنى)

مفاد ذلك انه " إذا صدر تعرض مادى أو تعرض مبني على سبب قانونى من المؤجر للمستأجر ، كان للأخير أن يطلب وقف هذا التعرض عن طريق التنفيذ العينى ، أو إلى طلب الفسخ إذا وجد مبررا لذلك

أما إذا ادعى أجنبى حقا يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار ، وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك ، وكان له أن يخرج من الدعوى وفى هذه الحالة لا تقوم الإجراءات إلا للمؤجر .

وإذا ترتب على هذا الادعاء إن حرم المستأجر فعلا من الانتفاع بالذى له بموجب عقد الإيجار ، جاز له تبعا للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى " (م ٥٧٢ مدنى)

إذا وجد المستأجر بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان ، للمستأجر تبعا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة .

فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب ، التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب .

وللمحكمة حق تقدير الفسخ . فلها ان تجيب المستأجر الى الفسخ . ولها أن تكتفى بإنقاص الأجرة (٥٧٧ مدنى)

٥) عدم المحافظة على العين :

تنص المادة ٥٧٩ مدنى على انه :

يلزم المستأجر بان يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق التزم بان يستعمل العين بحسب ما أعدت له "

فإذا اخل المستأجر بالتزامه فى استعمال العين المؤجرة ، فللمؤجر أن يستعمل العين كما ينبغى أو بألا يتركها دون استعمال يستطيع المؤجر أن يطلب الفسخ لعدم قيام المستأجر بتنفيذ التزامه ، وليست المحكمة ملزمة حتما بإجابة هذا الطلب . وقد تكتفى بالحكم على المستأجر باستعمال العين الاستعمال المشروع وبتعويض الضرر الذى أصاب المؤجر عن عمله ، وكذلك يستطيع أن يتلافى المستأجر الحكم بفسخ العقد إذا رجع من نفسه عما أوجب مسئوليته .

وسواء طلب المؤجر التنفيذ العينى أو الفسخ ، فإن له فى الحالتين أن يطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إخلال المستأجر بالتزامه .

وتنص المادة ٥٨٠ مدنى على انه :

" لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أى ضرر للمؤجر "

وتنص المادة ٥٨٢ مدنى على انه :

" يلزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيرية التى يقضى بها العرف ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

والمقصود بالترميمات التأجيرية الترميمات البسيطة التى يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا قانونا ويرجع فى تحديد هذه الترميمات للعرف .

فإذا ثبت أن هناك ترميمات تأجيرية ملتزمة بها المستأجر ، فللمؤجر أن يلزم بالتنفيذ أو يطلب فسخ الإيجار طبقا للقواعد العامة ، والمحكمة هى التى تقدر هذا الطلب .

ويجوز فسخ العقد مع التعويض ، والمحكمة تقدر هذا الطلب ، فقد تقضى به ، وقد ترى انه لا يوجد مقتضى لإجابته فيكتفى بالحكم على المستأجر بإزالة التغييرات وبالتعويض عما أحدثه من ضرر .

وقد ينزل المؤجر عن حقه فى طلب الفسخ ، ويعتبر هذا منه إجازة لاحقه لإجراء التغييرات تكون بمثابة الإذن السابق .

٦) عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة :

فإذا لم يقم المستأجر بالتزامه فى سداد الأجرة جاز للمؤجر أن يطلب التنفيذ العينى أو المستحق من الأجرة وفسخ الإيجار .

والمحكمة تجيبه إلى طلبه الأول حتما أما الطلب الثانى وهو فسخ الإيجار ، فللمحكمة بعد تقدير الظروف التى تحيط بالقضية أن تجيب هذا الطلب أو أن ترفضه ، وإذا قام المستأجر بدفع الأجرة قبل النطق بالحكم ، فالمحكمة لا تقضى بالفسخ .

ولكن قد اشترط المؤجر أن يكون الإيجار مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار ، ففى هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد دفع الأجرة وتخلف المستأجر عن دفعها ولا حاجة إلى اعذاره ، إنما يكون رفع الدعوى ضروريا للكشف عن فسخ العقد إذا نازع المستأجر فى ذلك ، ولكن هذا الشرط لا يمنع المؤجر من طلب تنفيذ الإيجار دون فسخه .

وفى هذه الحالة يلجأ المؤجر الى قاضى الأمور المستعجلة لإخراج المستأجر من العين المؤجرة إذا تأخر هذا الأخير عن دفع الأجرة ، وإذا صدر قاضى الأمور المستعجلة حكما بإخلاء العين ، أخليت فورا ولكن هذا لا يمس الموضوع .

٧) الإخلال بالشرط المانع من التصرف :

ففى حالة وجود شرط مانع من التصرف فى عقد الإيجار مثل الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار قبل الحصول على إذن المؤجر .

ويكون للمؤجر طلب التنفيذ العين أو فسخ العقد مع التعويض فى الحالتين عن الأضرار التى لحقت به.

وتجيبه المحكمة إلى طلبه الأول أما الطلب الثانى وهو الفسخ فهى ليست ملزمة بإجابته لكنها لها أن تلغى الطلب وتحكم بإخلاء العين من المستأجر من الباطن أو المتنازل له من الإيجار وتحكم على المستأجر بالتعويض .

وإذا اشترط فى العقد أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة للقضاء متعين الرجوع للقضاء ليقرر أن المستأجر قد خالف التزامه وان العقد قد أصبح مفسوخا ، ولكن يجب على المحكمة أن تقرر حتما هذا الفسخ .

الشرط الفاسخ الصريح فى إيجار الأماكن :

فقد نصت المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على انه :

ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر .

فيلاحظ من نص المادة السابقة انه " لا يتعرض إلا لحالة تنفيذ حكم الطرد من القضاء المستعجل ، دون حاجة إعمال الشرط الفاسخ الصريح والحكم بالإخلاء على أساسه من قاضى الموضوع ، ثم انه لا يعرض إلا للشرط السابق عند إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة ، دون أن يعرض لأثره عندما يتمثل جزاء على إخلال المستأجر بغير ذلك من التزاماته ، كالتزاماته بعدم التأجير من الباطن ، وبعدم التنازل عن الإيجار وكالتزامه بعدم إجراء تغيير فى العين المؤجرة ، والتزاماته بإجراء الترميمات التأجيرية "(راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى ط١٩٨٤ ص٦٦٣)

مفاد ما تقدم أن عقد الإيجار إذا تضمن شرطا صريحا فاسخا يتعين ألا يتعارض مع نصوص قانون إيجار الأماكن وإلا بطل .

فقد نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على انه " يقع باطلا مطلقا كل شرط أو تعاقد يتم المخالفة لأحكام هذا القانون أو القوانين السابقة له المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر .

ولم يتضمن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ إلا على حالة واحدة بأعمال الشرط الصريح الفاسخ وهى حالة الإخلاء لعدم الوفاء بالأجرة ، وتكرر التأخر فى الوفاء بالأجرة .

ونصت المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على انه " لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

أى إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر ، ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكل ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية ، ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين لسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط ان يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر ، فإذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال .

فيلاحظ من هذا النص أن هناك حالتين للإخلاء فيما يتعلق بالأجرة : الأولى : تأخر المستأجر فى الوفاء بالأجرة المستحقة رغم إنذاره ، والثانية : تكرار التأخر فى الوفاء بالأجرة .

ويشترط لقبول دعوى الإخلال لعدم وفاء الأجرة إنذار المستأجر بالوفاء وذلك إعمالا لنص المادة ٧/١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

والإنذار شرط لقبول الدعوى حتى ولو تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا ، بحيث إذا خلت منه الدعوى وجب الحكم فيها بعدم القبول والحكم من تنبه المستأجر إلى أن تأخره فى دفع الأجرة المستحقة المتأخرة خلال المدة المبينة بالتكليف سوف يؤدى حتما إلى إخراجه من العين المؤجرة .

ويجب أن يقسم التكليف بإحدى الطرق التى وردت بالنص ، وهى الكتاب الموصى عليه المصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر ، ويجب أن يكون صادرا من المؤجر ، وان يتضمن جميع الأجرة المستحقة – ويجوز شمول التكليف ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى .

وإذا كان التكليف بالوفاء بالأجرة باطلا لعدم استيفائه شروطه القانونية فقد آثاره ، وتقضى المحكمة بعدم قبول دعوى الإخلاء من تلقاء نفسها لان البطلان متعلق بالنظام العام .

ولا يجوز رفع دعوى الإخلاء قبل انقضاء مدة الخمس عشر يوما من وقت التكليف بالوفاء وإلا كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل أوانها .

وإذا اتفق فى عقد الإيجار على ضرورة استيفاء إجراءات خاصة وفوات وقت معين لحصول الفسخ بقوة القانون ، كإجراء أو تنبيه بالدفع أو تنبيه بالفسخ ، ومرور وقت معين عليه قبل رفع الدعوى ، وجب على المؤجر القيام بكل ذلك قبل اختصام المستأجر فى دعوى الطرد ، وإلا اعتبر الشرط الفاسخ الصريح لم يتحقق على الوجه المنصوص عليه ، ويحكم فى الدعوى المستعجلة فى هذه الحالة بعدم الاختصاص

ولا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الصريح الفاسخ متى كانت عبارته قاطعة ، وسواء كان الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا إذا أخل المدين بالتزامه ، أو زاد المتعاقدان من قوتهما على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه أو باعتباره كذلك دون حاجة التى حكم أو إنذار وهذه أعلى درجاته .

ويرجع اختصاص القاضى المستعجل بدعوى الطرد اذا تضمن عقد الإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن الشرط الصريح الفاسخ ، رغم إناطة التشريع الخاص بنظر النزاع بين المؤجر والمستأجر بالمحكمة الابتدائية أن من المقرر أن اختصاص محكمة معينة بنظر نزاع معين لا يمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الشق المستعجل لهذا النزاع عند توافر شرائط اختصاصه وإلى أن المستأجر بقبوله الشرط الصريح الفاسخ مقدما يعتبر موافقا على تغيير صفة وضع يده على العين عند قيام الشرط من يد مستأجر إلى يد غاصب يدخل فى ولاية القضاء المستعجل الحكم بطرده ، ويتوافر الاستعمال فى هذه الحالة من الضرر الذى قد يلحق بحقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة إذا ظل المستأجر واضعا اليد على العين بلا سبب أو صفة قانونية يعد حصول الفسخ بقوة القانون ، ويجب لذلك درء هذا الضرر يطرد المستأجر من العين بحكم من القضاء المستعجل حتى يتمكن المؤجر من استقلالها بتأجيرها لأخر بعلاقة ايجارية صحيحة .

ولما كانت شروط قيام الحق فى طلب تحقق الشرط الفاسخ الصريح مقررة للدائن بالأجرة وهو المؤجر ويقوم القاضى المستعجل ببحثها من ظاهر الأوراق .

وإذا ما صدر الحكم المستعجل قاضيا بطرد المستأجر من العين لمخالفته الشرط الصريح الفاسخ ، فعلى المستأجر لتجنب تنفيذ الحكم ، هو أن يرد الأجرة والمصاريف والأتعاب ، وتحق فرصة هذه السداد حتى بعد صدور الحكم المستعجل والبدء فى التنفيذ ، وذلك خلافا للأمر فى الدعوى الموضوعية إذ أن فرصته توقى الحكم بالإخلاء ، رهن بقفل باب المرافعة .

وللقاضى المستعجل أن يمنح المستأجر مهلة لتنفيذ حكم الطرد ، ليبحث فيه عن مكان ينتقل إليه متاعه أو تجارته أو صناعته ، وذلك إذا اتضح له من ظروف الدعوى وملابساتها أن حالته تستدعى ذلك ، وانه لا خطر على حقوق المؤجر فى الأجرة المتأخرة وما يستجد منها أثناء المهلة وحتى تنفيذ الحكم ، لوجود كفالة شخصية أو عينية أو يكون المنقولات التى بالعين ذات قيمة يكفى ثمنها إن بيعت وفاء للأجرة المتأخرة . (راجع فى كل ما تقدم أسباب الإخلاء للمستشار / عبد الحميد عمران ط١٩٨٢ ص٣٢ وما بعدها)

فسخ عقد البيع :

يجوز للبائع حبس المبيع أو طلب فسخ البيع إذا لم يف المشترى بالثمن المستحق وتطبق القواعد العامة المقررة فى المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ مدنى .

ويكون فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما فسخا قضائيا أو فسخا اتفاقيا .

الفسخ القضائى :

فتخلف المشترى عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن يجعل للبائع الحق فى رفع دعوى يطلب فيها فسخ البيع ، ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشترى عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيرادا مرتبا مدى الحياة .

فإذا تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط المدخل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشترى عن دفع قسطين فى سنتين متواليتين ، فان هذا الشرط ليس ضروريا لفسخ البيع إنما هو ضرورى لاستبدال راس المال بالدخل الدائم .

كذلك إذا تخلف المشترى عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، وان يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض وان يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع

وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على انه إذا لم يقم المدين بأداء التزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه مع التعويض إذا كان له محل " بل يكفى أن يتخلف المشترى عن رد مصروفات البيع إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشترى - إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لان مصروفات البيع ملحقة بالثمن ، وهى التزام فى ذمة المشترى فى عقد بيع ملزم للجانبين ، فمتى تخلف المشترى عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد.

ويستوى فى الفسخ القضائى أن يكون البيع بيعا مدنيا آو بيعا تجاريا غير انه فى المبيع التجارى يمتنع هذا الحق فى حالة إفلاس المشترى إذا سلمت البضائع المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائنا بالثمن .

وتنص المادة ٣٨٣ تجارى على انه " يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس المباعة إليه ما دامت لم تسلم إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته ، إذا كان المفلس المذكور لم يدفع ثمنها كلها ولو حررت به منه ورقة تجارية أو دخل فى الحساب الجارى بينه وبين البائع له .

ونصت المادة ٣٨٤ تجارى على انه " ومع ذلك لا يقبل طلب رد البضائع إذا كان المفلس باعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون تدليس بناء على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة إرساليتها أو بناء على القائمة المذكورة وتذكرة النقل بشرط أن يكون موضوعا على كل منها إمضاء المرسل "

ونصت المادة ٣٨٧ مدنى تجارى على انه " إذا كانت البضائع المباعة للمفلس لم تسلم إليه ولم ترسل له ولا لإنسان آخر على ذمته ، يجوز لبائعها الامتناع عن تسليمها "

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائنوه باستعمالهم حق مدينهم فى طلب الفسخ ، والمجال له بالثمن إذا حوله البائع الثمن إلى شخص آخر ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول .

ويتم رفع دعوى الفسخ على المشترى وخلفه العام كالوارث .

وإذا باع المشترى الذى لم يوف بالثمن المبيع إلى مشترى ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى الثاني ، فان فسخ البيع يحتج به على المشترى الثاني وفى حالة تعدد البائعون أو تعدد المشترون ، كان طلب الفسخ قابلا للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلا لذلك أو غير قابل .

ولا يجوز طلب الفسخ حتى يكون قد قام بالتزاماته الناشئة عند عقد البيع أو مستعدا للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشترى إذا كان وقت التسليم قد حال قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعدا لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم .

فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فان البيع ينفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة فى هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعة الهلاك ، وإذا كان البائع قد قبض جزءا من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقى تعين عينه ما قبضه من الثمن إلى المشترى .

طريقة فسخ عقد البيع :

تقضى المادة ١٥٧ مدنى بوجوب أن يعذر البائع المشترى أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ وإذا لم يعذر البائع المشترى قبل رفع الدعوى بالفسخ يعد اعذارا .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه ، لابد من رفع دعوى وصدور حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق بين الفسخ القضائى والفسخ الاتفاقى .

ففى الفسخ القضائى يكون الحكم منشئا للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ القضائى من إعمال التصرف ، فيجب أن تتوافر أهلية التصرف فى البائع ، حتى يقوم بهذه المطالبة .

فإذا رفع الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة أما الفسخ الاتفاقى فإن الحكم يكون مقررا للفسخ لا منشئا له وتعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه الحالة من إعمال الإرادة يستطيع الوصى أن يقوم بها دون إذن المحكمة.

وليس إلزاما على القاضى الحكم بالفسخ القضائى فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدنى على انه " يجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما جوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ويجوز للدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ كما له أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ إذا كان قد قام برفع دعوى التنفيذ أولا .

لكن لا يجوز لهم الجمع بين التنفيذ والفسخ فى طلب واحد ، وإذا كان قد نزل عن احد الطالبين فلا يستطيع الرجوع إليه ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منها لا يعتبر نزولا منه عن الطلب الآخر .

وللمدين هو الآخر قبل الحكم النهائى بالفسخ لان يمنح الحكم بالفسخ وذلك بدفعه الثمن المستحق عليه ولكن يتم الحكم عليه بالتعويض إذا كان له مقتضى خاصة إذا كان البائع أعذره قبل رفع الدعوى.

وللقاضى فله سلطة تقديرية فى إجابة البائع إلى طلب الفسخ ، فقد يقضى بالفسخ إذا كانت الظروف تبر ذلك أو إذا رأى البائع مهددا أن يضيع عليه المبيع والثمن .

وقد لا يرى القاضى مبررا لفسخ البيع ، إذا كان المشترى قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلا القليل ، أو كان فى ظروف سيئة منعته من دفع الثمن ويتوقع تحسن هذه الظروف سريعا فيفي بالتزامه .

ففى هذه الأحوال يرفض طلب الفسخ ، ويمنح المشترى مهلة لدفع الثمن أم الباقى منه ، وهذه المهلة يقدرها القاضى حسب الظروف .

لكن إذا أمهل المشترى مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة لا يجوز للقاضى إمهاله مدة أخرى ويتعين عله الحكم بفسخ البيع فدعوى الفسخ ليس له مدة تقادم بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ويكون ذلك عادة عند الاعذار .

وتسقط دعوى الفسخ أيضا بالنزول عنها صراحة أو ضمنا ، كما إذا وافق البائع على تصرف المشترى فى المبيع ، وبتغيير ذاتية المبيع .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال فى يد المشترى فان كان عقارا أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار ، وهى عوى شخصية محضة إذا خرج المبيع من المشترى فيتعين رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام محكمة موطن المشترى .

الآثار المترتبة على فسخ عقد البيع القضائى :

الحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد ، وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على اغلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كان لم يكن ، ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه قبل البيع .

وللبائع إذا أجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشترى - فوق رد المبيع بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشترى عن القيام بالتزامه ويبنى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، لان البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساس للتعويض .

ويترتب على اغلال البيع بأثر رجعى بالنسبة إلى الغير انه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشترى ، فان هذا الحق يزول هو أيضا بأثر رجعى تبعا لزوال حق المشترى .

الفسخ الاتفاقى :

رأينا أن المادة ١٥٨ قد نصت على انه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه "

يلاحظ من هذا النص انه يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الاعذار صريحا ، فلا يستخلص ضمنا من عبارات العقد ، وتكون المحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله .

وهذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه ويترتب على ذلك أن البيع لا يعتبر مفسوخا إلا إذا اظهر البائع رغبته فى ذلك إما برفع دعوى الفسخ أو بمجرد إخطار المشترى بان العقد قد أصبح مفسوخا ولا يقبل من المشترى بفسخ البيع إذا كان البائع لم يتمسك بالفسخ .

الآثار المترتبة على فسخ البيع الاتفاقى :

يترتب على الفسخ الاتفاقى نفس الآثار التى ترتبت على الفسخ القضائى .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض ، ونحل البيع بأثر رجعى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

الفسخ لعدم التسليم :

البائع يلتزم بتسليم الشئ المبيع بالحالة التى كان عليها وقت المبيع ، والمفروض أنه رآه أو علم به علما كافيا كما قدمنا هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ، كان يشترط المشترى تسليم المبيع فى حالة جيدة . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى) .

وقد نصت المادة (٤٣١) مدنى على أن : يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع ".

والحالة التى يتعين تسليم المبيع عليها هى حالته وقت البيع دون زيادة أو نقصان وتتعين حالة المبيع وقت البيع طبقا للقواعد العامة (المادة ٤١٨) . ويستتبع هذا الالتزام التزام البائع بالمحافظة على المبيع بحالته المعينة وقت البيع ، فإذا كان المبيع من المثليات التى تعين بالنوع فقط التزم البائع طبقا للمادة ١٢٣ بتسليم المبيع بدرجة الجودة المتفق عليها أو التى تستخلص من العرف وملابسات التعاقد فإن لم يمكن استخلاصها التزم بتسليم شئ من صنف متوسط (السنهورى بند ٢٩٤) وبديهى أن البائع يلتزم بتسليم المشترى المبيع نفسه فلا تبرأ ذمته بتسليم شئ آخر ولو كان أفضل منه كما يلتزم بتسليم كل المبيع لأن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئى وإذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه دفعة واحدة وليست على أجزاء (السنهورى بند ٣٩٥) غير أن قاعدة تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت المبيع تتعلق بالنظام العام فيجوز ، الاتفاق على أن يكون تسليمه فى حالة جيدة يحددانها باتفاق خاص ويقع عبء إثبات هذا الشرط على عاتق المشترى لأنه فى هذه الحالة إنما يدعى خلاف الأصل وهو تسليم المبيع بحالته وقت البيع (السنهورى بندى ٢٩٣ ، ٢٩٦) .

ويقع عبء اثبات مطابقة حالة المبيع عند التسليم لحالته عند البيع على عاتق البائع بحسب الأصل بتقدير أنه المدين بالالتزام بالتسليم فعليه عبء إثبات وفائه به (البدراوى بند ٢٥٢ - مرقص بند ٦٨٧) غير أنه إذا تسلم المشترى المبيع وسكت عن الاعتراض عليه المدة التى تكفى لتمكنه من الاعتراض عد ذلك تسليما منه بأن المبيع قد سلم فى الحالة التى يجب تسليمها عليها . (البدراوى بند ٢٥٢ - مرقص ص٣٤٨ - السنهورى بند ٢٩٠) .

ويجب أن يتم التسليم فى المكان المتفق عليه فإذا لم يوجد اتفاق ففى المكان الذى يحدده العرف ، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف فإن المكان الذى يجب أن يتم التسليم فيه ، هو المكان الذى يوجد في المبيع وقت انعقاد البيع إذا كان المبيع معنيا بالذات . أما إذا كان المبيع معينا بالنوع فيتم تسليمه فى موطن البائع فى الوقت الواجب فيه التسليم أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع متعلقا بهذه الأعمال .

واستثنى المشرع من هذه القواعد حالة تصدير المبيع إلى المشترى (م٤٢٦ مدنى)

ويتم التسليم فورا بمجرد انقضاء البيع - ولو اتفق على تأجيل التزام المشترى بدفع الثمن ، ما لم يتفق المتعاقدان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بإمهال البائع وقت ما . كما هو الحالى فى البيوع التجارية ، وإذا أمهل القاضى فى تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال .

وفيما يتعلق بنفقات التسليم فالقاعدة أن نفقات التسليم على البائع وأن نفقات الاستلام على المشترى:

الأصل عملا بنص المادة ٣٤٨ أن تكون نفقات التسليم على البائع باعتباره المدين بالتسليم وأن تكون نفقات الاستلام على المشترى باعتباره ملتزما بالاستلام . وتشمل مصاريف التسليم كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشترى بغير عائق يمنعه من حيازته والانتفاع به كنفقات الإفراز وأجرة نقل المبيع إلى المكان الذى يجب أن يتم فيه التسليم ، والرسوم الجمركية إذا كان التسليم يتم فى موطن المدين ولذلك يمتنع على البائع فى هذه الحالة المطالبة بزيادة الثمن مقابل زيادة هذه الرسوم

كما يمتنع على المشترى المطالبة بنقص الثمن مقابل نقصها ، أما إذا كان التسليم فى موطن البائع فإن المشترى هو الذى يتحمل مصاريف الحزم والنقل والجمرك والتفريغ ، ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك كله ويجب إعمال اتفاقهما . وقد كان المشروع التمهيدى بنص فى المادة ٥٨٠ منه على أن نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التنفيذ وفى مقاسه أو كيله ووزنه وحزمه ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة . (يراجع فى تفصيل ما تقدم السنهورى بند ٣١٢ – البدراوى بند ٢٧٢ – مرسى بند ١٥٤ – الهلالى وزكى بند ٣١٠) .

الفسخ لوجود عجز بالمبيع :

نصت المادة ٤٢٣ مدنى على انه :

إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولا عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك ، على انه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص المبيع إلا إذا اثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث انه لو كان يعلمه ما أتم العقد "

فالبائع ملزم بالقدر المعين فى العقد ، فإذا نقص فإنه ضامن .

وعلى ذلك فإذا كان بالمبيع نقص عن المقدار المبين فى العقد فإذا كان هناك اتفاق فى هذا الخصوص وجب اتباعه ، فمثلا إذا اتفق على إعفاء البائع من المسئولية عن النقص أو على تخويل هذه المسئولية سرى هذا الاتفاق .

يتعين الرجوع إلى اتفاق الطرفين ، فإن لم يوجد وجب العمل بالعرف الجارى بالمعاملات فإن كل قد جرى على التسامح فى مثل العجز الذى اكتشفه المشترى فى مثل المبيع برئت ذمة البائع من التزامه بالتسليم وكان المشترى ملتزما بكامل الثمن ولم يكن له الرجوع على البائع بشئ . أما إذا كان العجز محسوسا لا يتسامح فيه فإن المشترى يكون له الخيار بين أمرين أولهما طلب انقاص الثمن يقدر ما يعوضه عن الضرر الذى أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بضمان القدر المبيع (وهو التزام مفترض ما دام العقد قدد تضمن تعيين مقدار المبيع) وفى هذه الحالة يلتزم المشترى بإثبات الضرر ويقدر هذا الضرر بغض النظر عن قيمة العجز ، ولكن إذا تضمن العقد تقدير التعويض بقدر قيمة العجز اعتبر ذلك تقديرا من الطرفين للتعويض الاتفاقى فيسرى عليه أحكام الشرط الجزائى التى تعفى المشترى من إثبات الضرر وقيمته وتلقى على عاتق البائع نفى وقوع الضرر وثانيهما طلب فسخ العقد ويشترط لإجابة هذا الطلب أن يثبت أن العجز بلغ حدا من الجسامة بحيث لو كان المشترى بعلمه عن الاتفاق لما رضى بإبرام العقد فلا يكفى مطلق العجز ولو كان محسوسا ، ولكن لا يلزم – كما كان الحال فى ظل التقنين الملغى – أن يبلغ العجز جزءا من عشرين جزءا من المبيع . ويقتصر خيار المشترى على الأمرين السالفين فلا يكون له طلب تكملة القدر المذكور فى العقد لأن البائع لا يلزم إلا بتسليم المبيع المعين بالذات فى العقد والغرض فى أحكام العجز أن البائع قد سلم كامل المبيع بذاته فى العقد ولكن اتضح أن مقداره ينقص عن المقدار الذى ضمن البائع توافره ومن هنا فإنه لا مجال لأعمال أحكام عجز المبيع فى حالة امتناع البائع عن تسليم جزءا من المبيع كما لا مجال لأعمال أحكامها فى حالة منازعة الغير للمشترى فى جزء من المبيع إذ فى الحالين يكون المبيع بمقداره المبين فى العقود ولكن البائع أو الغير ينازع المشترى فى جزء منه فتطبق أحكام الضمان أما أحكام دعوى العجز فهى متفرعة عن الالتزام بالتسليم حيث لا نزاع فى أن المشترى قرر تسليم المبيع كله ولكن اتضح أن هذا المبيع أقل مقدار عما ورد فى العقد

وقد قضت محكمة النقض بأن : إذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء ثم هلك البناء لأى سبب - فإن البيع لا ينفسخ ، ولكن يكون للمشترى الخيار بين طلب الفسخ وبين استيفاء المبيع ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية . (١٩٣٢/١٢/٨ - م ق م - ٢٢٤ - ٢٨٣) . وبأنه " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشترى القدر الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة بل جعل المشرع للمشترى الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب انقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد " . (١٩٧٠/١١/٣ - م نقض م - ٢١ - ١١٠٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : متى كان المدعى قد طالب أمام محكمة أول درجة مقابل الزيادة فى الأطيان التى باعها إلى المدعى عليهم فقضى الحكم الابتدائى بقبول الدفع بالتقادم وبسقوط حق المدعى فى دعوى تكملة الثمن لمضى أكثر من سنة على تاريخ التسليم الفعلى طبقا لما تقضى به المادة ٤٣٤ من القانون المدنى ، وكان البائع قد استأنف هذا الحكم مستندا إلى أنه لا محل لتطبيق هذه المادة لأن القدر الذى يطالب بقيمته قد اغتصبه المشترى ويخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع ولأن المشترى قد وافق فى ورقة المحاسبة المحررة بينهما على دفع قيمته وكان الثابت أن الزيادة فى القدر المبيع التى طالب البائع بقيمتها أمام محكمة أول درجة هى ذات الزيادة التى ادعى أمام محكمة ثان درجة أنها تخرج عن الحدود الواردة فى عقد البيع ، وكانت المادة ٣/٤١١ من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم فى الاستئناف - مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله - تغيير سببه والإضافة إليه ، فإن طلب البائع أمام محكمة الاستئناف بمقابل الزيادة الخارجة عن حدود عقد البيع لا يعد تغييرا لموضوع الطلب الأصلى الذى رفعت به الدعوى أمام محكمة أول درجة طالما أن القدر الزائد المطالب بقيمته لم يتغير وأن تغير سبب المطالبة إلى الغضب . وإذ خالف حكم محكمة الاستئناف هذا النظر وقضى بعدم قبول الطلب الذى أبداه البائع أمامها تأسيسا على أنه طلب جديد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون" (١٩٦٧/١/١٧ -م نقض م - ١٧ - ١١٦) . وبأنه " حكم المادة ٢٩٦ من القانون المدنى الملغى التى تقابلها المادة ٤٣٤ من القانون القائم لا ينطبق إلا حيث يوجد عجزا أو زيادة فى المبيع بمعنى أن يكون البيع قد تناوله . أما ما يضع المشترى يده عليه من أطيان البائع مما لا يدخل فى عقد البيع فإنه يعد مغتصبا له ولا تتقادم دعوى المطالبة به بالتقادم المنصوص عليه فى المادة ٢٩٦ المشار إليها " . (١٩٦٧/٥/١٨ - م نقض م - ١٨ - ١٠٣٠) . وبأن " تطبيق نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الإدعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به أن سلم المبيع أقل قدرا مما هو متفق عليه "

الفسخ لعدم نقل الملكية :

فالأصل أن تنتقل الملكية إلى المشترى ولو لم يكن قد أوفى بالثمن بعد ، ولكن قد يشترط البائع أن يحتفظ بملكية المبيع رغم تسليمه إلى المشترى لحين الوفاء بكامل الثمن . المادة ٣٤٠ مدنى)

أما إذا تخلف المشترى عن الوفاء بكامل الثمن ، فيكون للبائع حق الفسخ طبقا للقواعد العامة ، فيستعيد من المشترى إن كان قد سلمه إليه ، ويكون للمشترى استعادة ما دفعه من أقساط الثمن ، على ان للبائع فى حالة الفسخ لعدم وفاء المشترى الثمن ، الحق فى التعويض طبقا للمادة ١/١٥٧ مدنى

وللبائع إذا شاء أن يطالب بتنفيذ العقد بدلا من المطالبة بفسخه فيقوم بالتنفيذ على أموال المشترى بالباقى من الثمن ويكون له على المبيع حق امتياز البائع.

فسخ العقد الإداري :

والعقد الإداري شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية المكونة له . فهو توافق إراداتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم علي التراضي بين الطرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية العامة . بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له يوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمنع بمثلها للتعاقد معها وذلك يقصد تحقيق تقع عام أو مصلحة مرفق من المرفق العامة وأخص هذه الامتيازات سلطة الإدارة في الرقابة علي تنفيذ العقد والإشراف عليه ، وسلطتها في أحوال معينة في تعديل هذا التنفيذ ، وفي تطبيق الجزاءات علي المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته ، بل وسلطتها في إنهاء العقد الإداري في أي وقت إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك . (راجع بتفصيل أو في العقد الإداري في مجال التطبيق . للسيد المستشار الدكتور عبد المجيد فياض ط ١٩٨٣ – ص ٢٦١٢٢٤٦ ، ٣١٠)

والعقود الإدارية تخضع لقواعد استئنافي ، تختلف عن عقود القانون الخاص ، منها :

في القانون الخاص يعتبر العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يمكن تعديله إلا باتفاق طرفيه ، بينما يمكن للإدارة في أحوال معينة تعديل شروط تنفيذ العقد الإداري .

انه في القانون الخاص يكون المتعاقدون علي قدم المساواة قانونا ، بينما في العقد الإداري يبدو مركز الإدارة متميزا وأسمي من مركز المتعاقد معها .

أن القضاء الإداري يختص وحدة نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية

وفيما يتعلق بفسخ العقد الإداري :

فنجد أن هناك صور متعددة من الفسخ منها .

- الفسخ الجزائي :

يحق للإدارة فسخ العقد جزاء بنفسها دون وساطة القاضي ودون اشتراط لنص على هذا الحق في العقد.

كما يحق لها اللجوء للقاضي بطلاب الفسخ بدلا من أن تقرره بنفسها .

ويتعين على الإدارة بإعلان للتعاقد بقرار الفسخ بأية وسيلة ، حتى ولو لم ينص العقد علي هذا الإجراء.

ولا يحول دون الفسخ الجزافي ما سبق أن وقعته الإدارة من جزاءات على المتعاقد .

من المسلم به أن فسخ العقد جزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد ، والنص في العقد علي بعض حالات الفسخ لا يعني عدم وجوبه بالنسبة لغيرها ، وإنما تخضع هذه الحالات المنصوص عليها لقاعدة اشتراط جسامة الخطأ .

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة ما يلي :

التأخر في تنفيذ الأعمال أو تسليم التوريدات في المواعيد المقررة .

عدم تنفيذ الأوامر المصلحية .

ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذه .

عجز المتعاقد عن تكملة التأمين المالي خلال المدة المقررة .

التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة .

الغش من جانب المورد نفسه أو من مندوبه .

ما يترتب علي الفسخ الجزائي من أثار قانونية :

يترتب على الفسخ الجزائي إنهاء الرابطة بين طرفي العقد ويتعين علي المتعهد أو المقاول إخلاء أماكن العمل وإلا تحققت مسئوليته .

السلطة القضائية على قرار الفسخ :

لا يمتلك القاضي إلغاء الفسخ مهما شابه من عيوب ، وإنما تقتصر ولايته علي بحث الحق في التعويض عنه .

ومتى كان الفسخ صحيحا فلا يحق للقاضي منح المتعاقد المفسوخ عقده أية تعويضات عن هذا الفسخ في ذاته .

الفسخ بقوة القانون :

يتم فسخ العقد بقوة القانون في بعض الحالات متى توافرت شروطها المنصوص عليها فى العقد .

وتنص المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادر بها قرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ على بعض حالات فسخ العقد بقوة القانون وهى :

إذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الإدارة .

إذا ثبت أن المتعهد أو المقاول شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة احد موظفى الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ معه إضرارا بالإدارة .

إذا أفلس المتعهد أو المقاول أو أعسر .

وهى نفس الحالات التى نصت عليها المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ، والذى استعيض به عن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة مما ينطوى عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد فى حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه او صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها أو يأتى المتعهد اعمالا تنم عن عدم التزام الجادة فى تنفيذ التزاماته ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة . وفى هذه الحالات يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش أو التلاعب المبرر لعدم التعامل مع الموارد . (المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٦/٦/٢٦ - المجموعة س٢١ - ص٢٢٨) وبأنه "يتعين لو صمم المتعاقد مع الادارى بالغش فى تنفيذ التزامه وبتوقيع الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٧ من الاشتراطات العام للعقد المقابلة للمادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات أن يثبت سوء نيته - أى علمه بما يشوب الأصناف التى يوردها من غش أو تلاعب ، وانه إن كان هذا العلم مفترضا فى المتعاقد مع الإدارة إلا انه متى كانت ظروف الحال تنفى هذا العلم عن المتعهد فانه لا يسوغ وصمه بالغش ، وظروف الحال التى تنفى هذا العلم كما قد تستفاد بما يصدر من أحكام جنائية فى شأن ما نسب إلى المتعاقد من غش فإنها تستفاد أيضا مما قد يرد فى الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد فى تنفيذ التزاماته التى يتضمنها التعاقد بصفة عامة وحجم التعاقد ذاته ، وتعدد الالتزامات الواردة به " (المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٠/٥/١٦٠ - المجموعة س١٥ ص٣٢٤).

الدفـــع بالمسئوليـــــة

(المسئولية عن الأعمال الشخصية) :

تنص المادة (١٦٣) مدنى على أن :

كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

المسئولية المدنية قد تكون تقصيرية وقد تكون عقدية :

المسئولية المدنية بوجه عام المسئولية عن تعويض الضرر الناجم عن الاخلال بالتزام مقرر فى ذمة المسئول ، وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقدا يربطه بالمضرور فتكون مسئوليته عقدية يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسئولية العقدية من جهة أخرى ، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون فى صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة كالتزامهم بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارات - وعندئذ تكون مسئوليته مسئولية تقصيرية الذى يستقل بحكمها وتحديد مداها . ومن هنا درج القضاء والفقه على التمييز فى داخل المسئولية المدنية على نوعين منها هما المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . ويجد هذا التمييز أثره فى بعض الأحكام التفصيلية . فمن حيث الأهلية تستلزم المسئولية العقدية توافر أهلية الأداء التى يستلزمها القانون الموضوعى الذى يحكم التصرف لأنها ترتكز على الإرادة ، فى حين أنه يكفى لقيام المسئولية التقصيرية مجرد التمييز ، بل أنه يمكن مساءلة عدم التمييز عن التعويض اذا لم يوجد مسئول عنه أن تعذر الحصول من المسئول عن التعويض (المادة ١٦٤) . ومن حيث درجة الخطأ ففى المسئولية العقدية اذا كان الالتزام بتحقيق غاية توافرت مسئوليته عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أى خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبى

واذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ يقاس بمعيار الرجل المعتاد فلا تقوم المسئولية عن الخطأ اليسير الذى لا يمكن لهذا الرجل تجنبه ، اما فى المسئولية التقصيرية فهى تقوم دائما على الخطأ ومهما كان يسيرا ، ومن حيث الأعذار حيث يلزم فى المسئولية العقدية على خلاف المسئولية التقصيرية ، ومن حيث عبء الاثبات حيث يكتفى من المضرور فى المسئولية العقدية باثبات الرابطة العقدية بما ينطوى على اثبات قيام الالتزام فينتقل على عاتق المسئول اثبات الوفاء أو أن عدم الوفاء يرجع الى سبب أجنبى ، فى حين أنه يقع على عاتق المضرور فى المسئولية التقصيرية اثبات الخطأ وإنما وأن كان البعض قد لاحظ بحق أن عبء اثبات الخطأ لا يختلف باختلاف نوع المسئولية لأنه يخضع لنظام الاثبات الذى يتبع فى جوهره من قاعدتين اساسيتين أولاهما افتراض ما يحدث فى اغلب الأحيان بحيث يقع على من يدعى عكسه عبء الاثبات ، وثانيهما القاء عبء الاثبات على الاقدر على تقديمه من الخصوم ، ومنن خلال هاتين القاعدتين ميز الشارع فى نطاق المسئولية العقدية بين الالتزام بتحقيق عناية ومن الالتزام ببذل عناية ، كما ميز فى نطاق المسئولية التقصيرية بين المسئولية القائمة على خطأ مفترض وتلك التى تقوم على اساس خطأ ثابت . ومن حيث نوع التعويض حيث ذهب البعض الى أنه فى المسئولية العقدية يقتصر على التعويض النقدى دائما ، بينما هو لا يقتصر على هذه الصورة فى المسئولية التقصيرية ، وكذلك من حيث مدى التعويض حيث يقتصر فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع فى حين يشمل فى المسئولية التقصيرية الضرر غير المتوقع ، ومن حيث اتفاقات الاعفاء أو الحد من المسئولية فهى جائزة كأصل عام فى نطاق المسئولية العقدية فى حين أنها ممتنعة فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ومن حيث التضامن بين المسئولين فهو لا يقوم فى نطاق المسئولية العقدية إلا بالاتفاق أو نص القانون فى حين أن تقوم على الدوام فى نطاق المسئولية التقصيرية ، ومن حيث الاختصاص القضائى حيث يقتصر الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن المسئولية العقدية على المحاكم المدنية ، فى حين أنه يختص فيها بنظر المنازعات الناشئة عن المسئولية التقصيرية المحاكم الجنائية ، (يراجع فى ذلك الدكتور سليمان مرقص فى كتابة المسئولية المدنية فى تقنيات البلاد العربية القسم الأول طبعة ١٩٧١ بند ٥ حتى ١٥ - الدكتور محمود جمال الدين زكى فى كتابه القيم مشكلات المسئولية المدنية الجزء الأول طبعة ١٩٧٨ بند ٥ حتى ١٥ .

ولا تتوافر المسئولية العقدية الا نتيجة اخلال أحد العاقدين بالتزامه على نحو سبب ضررا للعاقد الآخر ومن ثم فإنه يشترط لقيام المسئولية العقدية توافر ثلاثة شروط ، أولها ان يوجد عقد يربط بين المسئول وبين المضرور ، وثانيها أن يكون هذا العقد صحيحا ، وثالثها أن يقع من الطرف المسئول اخلال بأحد التزامة الناشئة عن هذا العقد ، يرتب ضررا للطرف المضرور ، فإن تخلفت هذه الشروط أو بعضها امتنع قيام المسئولية العقدية . أما المسئولية التقصيرية فالأصل أنها تقوم فى كل مرة لا تتوافر فيها تلك الشروط أو بعضها بحيث يعتبر المسئول أجنبيا عن المضرور .

وأساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة ابطال العقد أو بطلانة مع استحالة أعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله - انما هو المسئولية التقصيرية " (١٩٦٩/٦/٤ - م نقض م -٢٠ - ٨٦٨) .

وقد قضت محكمة النقض بـأنه " لما كان الحكم الابتدائى والحكم المطعون فيه قد انتهى كلاهما إلى أن التلف الذى اصاب الرسالة نتيجة اندفاع المياه من مواسير الباخرة إلى الرصيف الذى كانت عليه البضاعة حيث حدث بعد انتهاء الرحلة البحرية وتسليم البضاعة إلى الوزارة الطاعنة ، فإن التكييف الصحيح لمسئولية تقصيرية لا عقدية ، حيث ينقضى عقد النقل بالتنفيذ وتسليم البضاعة " (١٩٧٤/١١/١١ - م نقض م - ٢٥ - ١٢١٠).

كما أنه لا يجوز للمضرور أن يجمع بين دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية التقصيرية ليحصل على التعويض مرتين لأنه يمتنع تعويض الضرر أكثر من مرة ولا يجوز له الإفادة من النظامين فى وقت واحد :

وقد قضت محكمت النقض بأنه " متى انتهى الحكم إلى أن الاتفاق بين الطاعن المطعون ضده على اصلاح الخلل الذى نشأ فى مبنى الأخير بسبب عملية دك الأساسات - ليس من شأنه أن يغير من نوع مسئولية الطاعن فيجعلها عقدية بعد أن كانت تقصيرية وان قبول هذا الطاعن الالتزام بما التزم به بمقتضى هذا اعتبر مسئولية الطاعن تقصيرية فإنه لا يكون قد جمع بين هذه المسئولية والمسئولية العقدية" (١٩٦٧/٣/٣٠ - م نقض م - ١٨٠ - ٧٠٤) .

عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

يقصد بالخيرة بين المسئوليتين ما إذا كان للمضرور فى الحالة التى يشكل فيها فعل أوامتناع المسئول خطأ عقديا لإخلاله بالتزام فرضه العقد الذى يربطه به ، وخطأ تقصيريا لإخلاله بالتزام قانونى بفرضه القانون على الكافه ، أن يختار بين أى من دعوى المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية حسبما تمليه مصلحته ، وبمعنى أدق ما إذا كان له أن يلجأ إلى دعوى المسئولية التقصيرية بدلا من دعوى المسئولية العقدية - وللتساؤل أهميته العملية نظرا للفروق بين نظام كل من المسئوليتين بما يجعل من صالح المضرور فى بعض الصور اللجوء إلى دعوى المسئولية التقصيرية . فقد تكون دعوى المسئولية العقدية قد سقط الحق فيها بتقادم قصير ، وقد تعفيه دعوى المسئولية التقصيرية من عبء اثبات الخطأ كالشأن فى مسئولية حارس الحيوان أو البناء أو الأشياء الخطرة ، فى حين تلقى عليه المسئولية العقدية هذا العبء إذا كان الالتزام التزاما ببذل عناية ، وقد تتيح له المسئولية التقصيرية الحصول على تعويض لا تتيحه المسئولية العقدية كما لوكان الضرر محل التعويض غير متوقع أو كان هناك اتفاق مسبق بين العاقدين على الحد أو الاعفاء من المسئولية . فالمسئولية العقدية تحكم وحدها العلاقة بين من تربطهما رابطة عقدية أما المسئولية التقصيرية فهى موجهة إلى من لا تربطهم مثل هذه الرابطة ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التى يكون فيها الإخلال جريمة جنائية أو التى يرجع فيها إلى غش المدين ، أو خطاه الجسيم ، ويضيف البعض الخطأ المهنى (يراجع فى ذلك جمال زكى بند ٦٤) ، إذ يكون للدائن المضرور فى هذه الحالات الثلاث أن يختار الاستناد إلى المسئولية التقصيرية لأن المسئول فى هذه الحالات يكون قد اخترق نطاق المسئولية العقدية التى اقامها المشرع على اساس عدم وفاء المدين مختارا سواء كان مخطىء ، ومن ثم يعود إلى حظيرة المسئولية التقصيرة

وإن مفاد نص المادة ١٠٤ من القانون التجارى خضوع دعوى المسئولية المترتبة على تخلف أمين النقل عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن عقد النقل للتقادم المبين بها أما إذا صدر من الناقل أو تابعيه غش أو خيانة فإن الدعوى تستند فى هذه الحالة إلى الفعل الضار ويكون أساسها المسئولية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن بالات القطن - محل عقد النقل - قد سرقت أو بددت من أحد تابعى الطاعن - الناقل - فإن مسئولية هذا الأخير - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليست مسئولية تعاقدية، بل مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ المدعى عليه به ومن ثم تخضع فى تقادمها إلى حكم المادة ١٧٢ من القانون المدنى التى تقضى بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وإذا قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم تأسيساً على أن مدة سقوط الحق فى رفع الدعوى هى خمسة عشر سنة يكون قد خالف القانون . (١٩٦٥/١١/٣٠ ـ م نقض م ـ ١٦ ـ ١١٦٠).

ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية إلا إذا أثبتت المضرور بان الفعل الذى أرتكبه . المتعاقد الأخر أنطوى على غش أو خطأ جسيم أو كون جريمة جنائية:

وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كان السبب أساس التعويض الذى يستحقة المستأجر فى حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسئولية العقدية التى تقضى قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول إلا إذا كان المؤجر قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة الحصول . (١٩٦٥/١١/١١ - م نقض م - ١٦ - ١٠١٨) . وبأنه إذا كانت مسئولية جهة الإدارة "الطاعنة" على أساس المادتين ١٧و ١٨ من القانون رقم ٥٧٧ سنة ١٩٥٤ مصدرها هذا القانون فإن الحكم المطعون فيه لا يكون بحاجة إلى الاستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية للقضاء بالتعويض". (١٩٦٨/٤/١٨ ـ م نقض م ١٩ ـ ٧٨٨) . وبأن " مفاد نص المادة ٥٦٧ من القانون المدنى أن التزام المؤجر طبقاً لأحكام الإيجار فى القانون المدنى ـ بصيانة العين المؤجرة وحفظها وإنما هو تقرير للنية المحتملة للمتعاقدين وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين أعمال اتفاقهما وإذا أورد المشرع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التى تنص بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرها من النصوص التى تنظم أحكام عقد الإيجار وتبين آثاره وتحدد المسئولية عن الاخلال بتنفيذ ، بالفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى ، كما أورد فى شأن العقود الأخرى المنصوص عليها بذات الكتاب الأحكام التى تناسبها فى هذا الخصوص ، وكانت المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى الخاصة بمسئولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع، وإذ خص المشرع على هذا النحو المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منها بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئوليتين فى نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر فى القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الاخلال بتنفيذه. ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية فى مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه أدى إلى الأضرار المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيسا على انه أخل بالتزام قانونى ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء أكان متعاقدا أو غير متعاقد (١٩٦٨/٤/١٦ م نقض م - ١٩ - ٧٦٢) .

وحدة السبب فى دعوى المسئولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية :

الملاحظ أن محكمة النقض بالدائرة المدنية قد أخذت بوحدة السبب فى دعاوىالمسئولية فاجازت للقاضى أن يحكم فى دعوى المسئولية المرفوعة إليه على أساس المسئولية العقدية طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها أو العكس . ومن ثم الحكم فى دعوى المسئولية على أساس المسئولية التقصيرية يكون مانعا من رفع دعوى تعويض جديد على أساس قواعد المسئولية العقدية أو العكس .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق ، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم فى أعمال هذه القواعد أن يطعن فى الحكم بطريق النقض على أساس مخالفة للقانون ، ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لإلتزامها هى بأعمال أحكام من تلقاء نفسها ولا يعتبر النعى على الحكم بذلك ابداء لسبب جديد مما لا تجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك أن تحديد طبيعة المسئولية التى يتولد عنهاحق المضرور فى طلب التعويض يعتبر مطروحا على محكمة الموضوع ولو لم تتناوله بالبحث " . (١٩٧٣/١٢/١١ - م نقض م - ٢٤ - ١٢٤٣) . وبأنه " من المقرر أن سبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم فى دفاعهم . وإذ كان الحق التعويض المطالب به ناشئا عن فعل الاصابة فى ذاته ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القضاء بالتعويض عن تلك الاصابة فى حين أن دعوى المدعيين بالحقوق المدنية تتضمن المطالبة بالنعويض عن الوفاة التى نشات عن تلك الاصابة ، فإن الحكم يكون قد استند كما استندت مطالبة المدعيين إلى ذات السبب وهو الفعل الضار أى الاصابة مما يكون معه النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون لتغييره سبب الدعوى فى غير محله " (١٩٧٤/٤/٢٩ - م نقض ج - ٢٥ - ٤٤٧) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الشركة الطاعنة (المؤجر) مسئولة مسئولية تقصيرية عن صيانة ماسورة تصريف المياه الخاصة بالشقة التى تعلو محل المطعون ضده (المستأجر) التى يستأجرها شخص آخر ، تأسيسا على أنها تعتبر من مصارف المياه التى جعلت المادة ٥٦٧ من القانون المدنى الالتزام بصيانتها من الترميمات الضرورية التى تقع على عاتق المؤجر فإنه لا يكون قد خالف القانون"(١٩٦٧/١٠/٢٦ - م نقض م -١٨- ١٥٦٠) وبأنه حق المضرور فى التعويض انما ينشأ إذا كان من أحدث الضرر أو تسبب فيه قد أخل بمصلحة مشروعة للمضرور فى شخصه أو فى ماله مهاما تنوعت المسائل التى يستند إليها فى تأييد طلب التعويض فيجوز للمضرور رغم استناده إلى الخطأ التقصيرى الثابت أو المفترض أن يستند إلى الخطأ العقدى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف كما يجوز لمحكمة الموضوع رغم ذلك أن تستند فى حكمها بالتعويض إلى الخطأ العقدى متى ثبت لها توافره لأن هذا الاستناد - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض ولا يعتبر تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها ١٩٦٨/٤/٢ - م نقض م - ١٩ - ٦٨٩ وبأن المدار فى وحدة الدعويين فى حدود قوة الشىء المحكوم فيه هو على ماهية الموضوع فى كل دعوى والسبب المباشرالذى تولدت عنه كل منهما . فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض وسببها هوحفر مسقى وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعويض أيضا وسببها هى الأخر حفر المسقى نفسها فلا يؤثر فى وحدتها اختلاف علة السبب المطلوب التعويض من أجله ولا قيمة التعويض المطالب به " (١٩٤٣/٤/١٥ - م ق م - ٣٢٦ - ٧٠) وبأنه "الراجح فى باب قوة الشىء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه - كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أوأسبابه ، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقة . فمهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمة الصادر برفض دعوى التعويض ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه فإن هذا الحكم يمنع المضرور من اقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتقاء مسئوليته المدعى عليه قبل المدعى مما ادعاه أيا كانت المسئولية التى اسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن ذلك كان من طرق الدفاع ووسائلة فى دعوى التعويض وان لم يتناوله البحث بالفعل فيها ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى علىخصمه بتعويض ما " (١٩٣٩/١/٥- م ق م- ٣٣٦ - ٧١)

وبأنه إذا كانت دعوى التعويض قد رفعت علىاساس المسئولية العقدية وقضى فيها من محكمة أول درجة على هذا الاساس فإنه لا يكون لمحكمة الاستئناف القضاء فيها على أساس المسئولية التقصيرية دون طلب من الخصوم . إذ قضت بأنه " لا تملك محكمة الموضوع تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها فى المواد المدنية ويجب عليها أن تقصر بحثا على السبب الذى اقيمت عليه الدعوى فإذا كان الواقع فى الدعوى إنها رفعت على البنك بطلب فروق العملة الناتجة عن عملية تحويلة الاستثمارات الخاصة بثمن البضاعة التى استوردها المدعى إلى عميل للبنك فإن الحكم المطعون فيه إذ اقام مسئولية الطاعن (مدير عام البنك) على وقوع خطأ شخصى منه هو اغفاله تدوين العملية مثار النزاع فى دفاتر البنك وإن هذا الخطأ قد اضر بمصلحة المطعون ضده رافع الدعوى وبحقه الصريح فى تتبع اعماله التجارية وهو ما يفيد أن الحكم اعتبر مسئولية الطاعن مسئولية تقصيريةوأن الدعوى المرفوعة عليه هى دعوى تعويض . فإنه يكون قد غير اساس الدعوى وأخطأ فى تكييفها وخرج عن وقائعها بواقع جديد من عنده ومن ثم يكون مخالفا للقانون " (١٩٦٧/٦/٢٢ - م نقض م١٨ ١٣١٦) وبأنه " ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أما المحكمة الجنائية فإن هذه المحكمة إذ انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه اذا انتهت الى ذلك فإنه يكون متعينا عليها الا تقضى بالتعويض إلا على من يثبت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على اساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوع به الدعوى أمامها وهذا لا يجوز فى القانون ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره مادام يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها فى هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على اساس انعدام (المسئولية التقصيرية فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنع ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية " (١٩٤٣/٥/٣١ - م ق ج - ٢١٦ - ٦٣٢ وبنفس المعنى فى ١٩٤٣/٣/٨ و ١٩٤٣/٣/١ م ق ج - ٢١٥ و ٢١٤ و ٦٣٢) وبأنه " اذا كانت دعوى التعويض مؤسسة على مسئولية الطاعن عن الضرر الذى نشأ عن خطأ تابعه فحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتعويض على الطاعن تأسيسا على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلتزم الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ من التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجههة الى الطاعن باعتباره مسئولا عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه " (١٩٥٢/١/٧ - م ق ج - ٢١٩ - ٦٣٢) .
بأن " الأصل فى دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع الى المحاكم المدنية ، وإنما أباح القانون استثناء رفعها الى المحكمة الجنائية متى كانت تابعة للدعوى الجنائية وكان الحق المدعى به ناشئا عن ضرر وقع للمدعى من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية ، فإذا لم يكن الضرر الذى لحق به ناشئا عن هذه الجريمة سقطت تلك الاباحة وسقط معها اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية . فمتى كان الواضح مما أثبته الحكم المطعون فيه أن اخلال المتهم بالتعاقد الذى يدعيه الطاعن لا تتكون به جريمة الغش المرفوعة به الدعوى فإن قضاءه بالبراءة اعتمادا على هذا السبب يترتب عليه عدم اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى المدنية ، أما وقد تعرضت لها وفصلت فى موضوعها فإنها تكون قد قضت فى أمر هو من اختصاص المحاكم المدنية ولا شأن للمحاكم الجنائية به ، مما يقتضى نقض الحكم المطعون فيه والحكم بعدم اختصاص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى المدنية " (١٩٥٩/٥/٢٥ - م نقض ج - ١٠ - ٥٦٤) .

وبأنه اذا كان الثابت أن الشركة المطعون ضدها أقامت دعواها أصلا على اساس مسئولية الهيئة العامة للبترول (الطاعنة) عن تعويض الضرر الذى لحق بها مسئولية عقدية باعتبار أن عقد ايجار السفينة قد تم بينهما ولما قضى برفض دعواها على هذا الاساس واستأنفت الشركة هذا الحكم ذكرت فى صحيفة الاستئناف انه اذا لم يكن العقد قد تم فإن الهيئة الطاعنة تكون قد ارتكبت خطأ تقصيريا وتكون مسئولة عن تعويض الضرر طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى وقالت أن هذا الخطأ يتمثل فيما وقع من السكرتير العام للهيئة من أفعال كان من نتيجتها ايقاع وكيلها فى فهم خاطئ بأن العقد قد تم وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذا الاساس غير أنها اعتبرت الهيئة مسئولة عن خطأ السكرتير العام لها مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقا للمادة ١٧٤ من القانون المدنى وليست مسئولية شخصية طبقا للمادة ١٦٣ كما وصفتها المدعية ، فإن هذا الذى فعلته محكمة الموضوع أن هو الا انزال لحكم القانون الصحيح على واقعة الدعوى وهو ما لملكه تلك المحكمة لأن تكييف المدعى لدعواه تكييفا لا ينطبق على واقعتها لا يفيد المحكمة ولا يمنعها عن اعطاء الدعوى وصفها الحق وانزال حكم القانون الصحيح عليها وهى حين تمارس هذا الحق غير ملزمة بتنبيه الخصوم الى الوصف الصحيح الذى تنتهى اليه " (١٩٦٨/٣/٢٨ – م نقض م – ١٩ – ٦٤) وبأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى الدعوى وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها دون التكييف أو الوصف الذى أنزله الخصوم على تلك العلاقة – لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب لاغفال بحث المسئولية التقصيرية يكون فى غير محله طالما قد انتهى صحيحا الى تكييف مسئولية الشركة المطعون ضدها قبل الطاعن فإنها مسئولية عقدية " (١٩٧٩/٢/٥ فى الطعن رقم ٦٠١ سنة ٤٥ق) وبأنه " من المقرر أن محكمة الموضوع لا تتقيد فى تحديد طبيعة المسئولية التى استند اليها المضرور فى طلب التعويض أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك ، إذ أن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض لا تلتزم بها المحكمة بل يتعين عليها من تلقاء نفسها أن تحدد الاساس الصحيح للمسئولية وأن تتقضى الحكم القانونى المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها إذ أن كل ما تولد به المضرور حق فى التعويض عما أصابه من ضرر قبل من احداثه أو تسبب فيه يعتبر هو السبب المباشر لدعوى التعويض مهما اختلفت اسانيدها " (١٩٧٨/٥/٩ فى الطعن ٩٤٦ سنة ٤٦ق) وبأن " استناد الخصم الى الخطأ العقدى لا يمنع المحكمة من أن تبنى حكمها على خطأ تقصيرى متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبيران الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيريا باتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الاخلال بالتزام تعاقدى فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أعمال أحكام المسئولية التقصيرية ، وقضى بالزامهما متضامنين بالتعويض بغير أعذار سابق ودون اعتداد بما اتفق عليه الطرفان بعقود الايجار ، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " (١٩٧٥/٥/٨ – م نقض م – ٢٦ – ٩٤٢) . وبأنه " أنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يتعين على محكمة الموضوع فى كل حال أن تنقضى من تلقاء نفسها الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفى دعوى التعويض ، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض ، عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد الدعوى بالتعويض ، مهما كانت طبيعة المسئولية التى استند اليها المضرور فى تأييد طلبه ، أو النص القانونى الذى اعتمد عليه فى ذلك لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع فى دعوى التعويض التى يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزله حكمه على واقعة الدعوى ، ولا يعد ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها

المقصود بالخطأ التقصيرى :

هو اخلال بواجب قانونى عام مقترن بإدراج المخل بهذا الواجب (مرقص بند ٧٢)

ويتضح لنا من هذا التعريف أن للخطأ التقصيرى عنصرين أولهما عنصر مادى والثانى عنصر معنوى أو نفسى وهو التمييز والادراك

والعنصر المادى هو الاخلال بواجب قانونى ، ولا تقتصر الواجبات القانونية على ما تفرضه النصوص التشريعة كالواجبات التى تفرضها قوانين المرور على قائدى السيارات ، بل تشمل كل الواجبات القانونية التى وإن لم ينص عليها المشرع إلا أنها تستمد الزامها من المبادئ العامة للقانون ، وتجد هذه الواجبات سندها القانونى فى فكرة الحق ، ذلك أن اقرار القانون لحق معين لشخص من الاشخاص لابد وأن يلازمه أن يفرض على الكافة واجب احترام هذا الحق وعدم المساس به (مرقص بند ٨١) ويتحدد مدى هذه الواجبات بمسك الرجل العادى اذا وجد فى مثل الظروف المحيطة بمن ينسب اليه الخطأ . والرجل العادى رجل يتوسط بمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الذهن ، وإنما هو متوسط الصفات التى لا تظهر الا بالبحث الذاتى كالتبصر والذكاء والعناية والنزاهة وغيرها ، وفكرة الرجل المعتاد عرفها القانون الرومانى وسماه رب الأسرة العاقل (السنهورى بند ٥٢٨ – مرقص بند ٨١ – جمال ذكى فى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة ١٩٧٨ بند ٢٤٢ – الشرقاوى بند ٩٣).

فالخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الانحراف عن السلوك العادى المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير :

وقد قضت محكمة النقض بأنه الخطأ الموجب للمسئولية طبقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الاخلال بالتزام قانونى يفرض على الفرد أن يلتزم فى سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضرون بالغير ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الذى يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على اساس من مراعاته يكون قد أخطأ . فإذا كان عمال التفريغ قد وضعوا أجولة الدقيق على الرصيف وهو مكان معد لتفريغ البضائع عليه ولم تكن السفينة تطلق مياة العادم وقتئذ . فمن حقهم أن يتوقعوا من السفينة الا تطلق تلك المياه فتصيب أجولة الدقيق وتتلفها دون أن تنبههم لابعادها أو تتحرى اطلاق المياه بعيدا عنها ، وإذ لم يستظهر الحكم ان السفينة قد أطلقت مياه العادم على الدقيق الموضوع على الرصيف فاتلفته بما يشكل الخطأ الموجب لمسئولية المطعون ضدها (شركة اسكندرية للتوكيلات الملاحية) أو أن مياه العادم كانت تغرق الرصيف عند وضع الأجولة عليه بما يجعل الخطأ غير ثابت فى حقها فإنه يكون معيبا بالقصور فى البيان . (١٩٧٨/٥/٣١ الطعن رقم ٣٣٦ سنة ٤٣ق) . وبأنه النعى بأن المطعون عليه – الذى قضى له بالتعويض قبل الطاعن لاغتصابه شقة النزاع – عيادتين أخريين علاوة على شقة النزاع خلافا للقانون رقم ٣٥٧ سنة ١٩٥٤ فى شأن مزاولة مهنة طب وجراحة الأسنان وأن له مسكنا فى منطقة أخرى على خلاف الحظر المنصوص عليه فى قانون ايجارات الأماكن رقم ١٢١ سنة ١٩٤٧ ، هذه المخالفة بفرض التسليم بصحتها لا تبيح للطاعن اغتصاب الشقة المذكورة وحرمان المطعون عليه من الانتفاع بها ، إذ قرر الحكم المطعون فيه أن هذا الاعتداء يعتبر خطأ يستحق المطعون عليه التعويض عنه فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ويكون النعى عليه بالقصور لعدم الرد على دفاع الطاعن غير منتج (١٩٧٨/٣/٢١ الطعن رقم ٢٧٢ سنة ٤٣ق) وبأن مجرد اعتراض السيارة ليلا للطريق الصحراوى الذى وقع فيه الحادث خطأ يستوجب مسئولية صاحبه " (١٩٦٩/٦/٢ – م نقض ج – ٢٠ – ٨١٧).

وبأن مؤدى نص المادتين ١٠١ ، ١٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية أن الأشياء التى تضبط أثناء تحقيق الدعاوى الجنائية ولم تكن حيازتها فى ذاتها جريمة ترد إلى من كانت حيازته وقت ضبطها سواء كانت هذه الحيازة أصلية بنية التملك أو حيازة مادية لحساب الغير إلا إذا كانت هذه المضبوطات من الأشياء التى وقعت عليها الجريمة أو المتحصلة منها فإنها ترد إلى من فقد حيازتها بالجريمة ، يؤيد هذا النظر ما تقضى به المادة ١٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية من أن الأمر برد المضبوطات الى من ضبطت معه لا يمنع أولى الشأن من المطالبة بحقوقهم أمام المحاكم المدنية . ولما كان الثابت أن السبائك الذهبية موضوع الدعوى قد ضبطت مع الطاعنين فى القطار وقررا أن شخصا كلفهما بنقلها من محطة الحمام الى الاسكندرية مقابل أجر ، واتهمهما النيابة العامة بأنهما استوردا هذه السبائك قبل الحصول على ترخيص باستيرادها وأنهما قاما بتهريبها الى أراضى الجمهورية بطريقة غير مشروعة دون أداء الرسوم الجمركية المستحقة عنها وقضى ببراءتهما نهائيا مما أسند اليهما ، وإذ كان مجرد حيازة السبائك الذهبية المذكورة ليس فى ذاته جريمة ، فإنه يكون للطاعنين اللذين ضبطت معهما الحق فى استراداداها (١٩٧٥/٣/١١ – م نقض م – ٢٦ – ٥٤٥) . وبأن القانون – وليس العمل غير المشروع – هو مصدر الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء على العقار دون اتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكية للمنفعة العامة ولا ينال من ذلك أن هذه المحكمة قد وصفت هذا الاستيلاء فى بعض أحكامها بأنه يعتبر بمثابة غصب إذ أن ذلك كان بصدد تحديد الوقت الذى تقدر فيه قيمة العقار لبيان مقدار التعويض الذى يستحقه مالكه وإقامة الاعتبارات التى تبرر تقدير قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه ، أو فى مقام تبرير أحقية مالك العقار المستولى عليه – بهذه الصورة – فى المطالبة بريعه من تاريخ الاستيلاء وحتى صدور مرسوم نزع الملكية أو الحكم نهائيا بقيمته بناء على طلب صاحبه ، أو فى مقام صدور قرار إدارى بالاستيلاء صدر من شخص لا سلطة له اطلاقا فى اصداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الادارية ويغدو معه الاستيلاء على هذا النحو غضبا واعتداء ماديا " . (١٩٧٧/٤/٢٧ فى الطعن رقم ٦٣١ سنة ٤٣ق – م نقض م – ٢٧ – ١٠٦٧) . وبأنه " متى كان يبين مما أورده الحكم أنه لم يثبت لدى محكمة الموضوع أن المطعون عليهم – منتج أحد الأفلام والمخرج وشركة التوزيع – قد تعمدوا الاضرار بالطاعن – صاحب لوكاندة – أو أنهم تسببوا فى ذلك نتيجة تقصيرهم فى بذل العناية المتوقعة من الرجل العادى ، وأن اقحام اسم لوكاندة الطاعن فى الفيلم لا يعتبر خطأ تقصيريا حتى ولو لم يتم حذف اسم اللوكاندة من النسخ المعروضة بعد العرض الأول استنادا الى أن المعروف لدى الكافة أن الأفلام السينمائية هى من نسج الخيال ولا ظل لها من الحقيقة وأن الخلاف الذى اثبته الخبير بين لوكاندة الطاعن واللوكاندة التى ظهرت فى الفيلم ليس من شأنه أن يؤدى إلى الخلط بينهما لدى جمهور المشاهدين فإن هذا الذى أورده الحكم سائغ يؤدى اليه المقدمات التى ساقها ولا يشوبه فساد فى الاستدلال " (١٩٧٠/١٢/٣١ – م نقض م – ٢١ – ١٣١١) . وبأنه يحق المحكوم له أن ينشر مضمون ما قضى به نهائيا لصالحه حماية لحقوقه التجارية ، ولا يكون فى مسلكه على هذا النحو خطأ يوجب مساءلته " (١٩٦٧/١/١٧ – م نقض م – ١٨ – ١٠٤) . وبأنه قيام مصلحة الأموال المقررة بتحصيل الأموال الأميرية المستحقة على الأطيان ممن رسى عليه مزادها والتزم بمقتضى قائمة شروط البيع بسداد تلك الأموال من تاريخ رسو مزادها عليه ، لا يمكن وصفه بأنه خطأ من جانب مصلحة الأموال المقررة يرتب مسئوليتها التقصيرية حتى ولو كان الراسى عليه المزاد لم ينتفع بالأرض المبيعة . ذلك أن هذه المصلحة حين تقوم أمام بائعة بسداد الأموال الأميرية المستحقة عليها إنما تقوم بوظيفتها التى يفرضها عليها القانون ولا يقدم فى ذلك صدور حكم يقضى ببطلان محضر رسو المزاد ما دام تحصيل هذه الأموال كان سابقا على صدور هذا الحكم " (١٩٦٧/١١/١٦ – م نقض م – ١٨ – ١٦٩٩)

العنصر النفسى للخطأ :

ويتمثل فى اشتراط أن يكون من ينسب إليه الخطأ مميزا . ومن ثم فالأصل ألا ينسب الخطأ التقصيرى إلى من لم يبلغ السابعة من عمره ويتضح من ذلك أن التمييز المطلوب للمساءلة المدنية يختلف عن الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية كما يختلف عن الادراك اللازم للمسائلة الجنائية والتى تتدرج بتدرج السن ... كما لا ينسب الخطأ التقصيرى الى المجنون أو المعتوه . والعبرة بفقد التمييز وقت وقوع الحادث فلا يعتد بقيام الحالة فى الشخص بصفة عامة اذا كانت منقطعة كما يلزم صدور قرار بالحجر أو الشيوع من جهة أخرى ، كما لا يقوم الخطأ فى السكران أو المخدر أو المنوم مغناطيسيا إلا إذا كان قد تناول المسكر أو المخدر مختارا أو قبل التنويم طواعية ..... والأصل فى الإنسان التمييز والحرية فيقع على عاتق من يدعى فقد التمييز عند الحادث اثبات ادعائه ويتشدد القضاء عامة فى الأخذ بانتفاء المسئولية لعدم التمييز فتشترط فى الجنون أن يكون كليا ، ويلقى عبء اثبات عدم التمييز على مدعيه وتسلتزم اثبات قيامه لحظة ارتكاب الفعل الضار بل وتذهب بعض الأحكام الى رد الجنون الى خطأ من أصيب به ومن ثم تجعله مسئولا عما يرتكبه وهو فاقد التمييز ، ثم هى لا تشترط التمييز فى خطأ المضرور إذا ساهم فى وقوع الحادث فتعتد بأثر خطأ المضرور ولو كان عديم التمييز ما لم يثبت أنه كان فى الامكان تلاقى الحادث برغم هذا الخطأ (مرقص بند ٩) ويلاحظ أنه إذا كان التمييز شرطا لقيام الخطأ التقصيرى إلا أنه كاف لقيام هذا الخطأ فيقوم فى حق المميز ولو كان ناقص الأهلية (جمال ذكى بند ٢٤٣ - وراجع محمد صلاح الدين حلمى فى رسالته ص٤٩٥ وما بعدها الفقه الاسلامى فى مسئولية أفعال غير العقلاء).

عناصر التعويض :

وقد قضت محكمة النقض بأنه " الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى (مشروع الرى الصيفى لأطيان مركز ادفو) كان مؤقتا ثم زال سببه ، وأن المدعى سيتفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما فى زمن وجيز ثم تبقى له على ممر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض فإنها لا تكون أخطأت" (١٩٤٤/٥/٤ - م ق م - ٢٥ - ٢٦٣) . وبأنه إذ كان الظاهر من الحكم أن المحكمة قد قصرت التعويض فى دعوى التبديد على مبلغ الوصول الصادر من الطاعن ، وكذلك الثابت بمحضر جلسة محكمة الدرجة الأولى أن المتهم (الطاعن) قد دفع للمدعى بالحقوق المدنية مبلغ عشرين جنيها وطلب التأجيل للسداد فإن المحكمة تكون قد أخطأت فيما قضت به من مقدار التعويض إذ كان عليها أن تقصر حكمها على الباقى بعد هذا الوفاء ". (١٩٥١/٥/٢٨ - م ق ج - ٢٣٩ - ٦٣٦) وبأنه الوالد ملتزم بحكم القانون بالاتفاق على أولاده فى سبيل رعايتهم واحسان تربيتهم فلا يصح اعتبار ما ينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض ، ولما كان ما أنفقه الطاعن الأول على والده المجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانونا فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم فى قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون " (١٩٧٩/٥/١٦ الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق).

ويجوز التعويض عن الضرر المستقبل مادام محققا كما يجب أن يكون الضرر محققا غير احتمالى ولا يشترط أن يكون حالا :

والضرر المحقق الحال هو الضرر الذى تحقق سببه وتتحقق نتائجه كأن يموت المضرور أو يصاب بتلف فعلى فى ماله أو فى مصلحة مالية له . أما الضرر االمحقق المستقبل فهو الضرر الذى وان لم يقع فعلا فى الحال الا ان وقوعه محقق ، كأن يصاب عامل فيعجز عن العمل فى الحال فإن التعويض يشمل الضرر الذى لابد وأن يصيب هذا العامل مستقبلا من جراء عجزه والضرر المستقبل إن أمكن تقديره قضى بالتعويض عنه كاملا ، وأن لم يتيسر ذلك لعدم استكمال عناصر التعويض احتفظ المضرور بحقه فى الرجوع للمطالبة بالتعويض عنه عند استكمال عناصره ولا يحول دون ذلك سبق صدور حكم له بالتعويض عن عناصر أخرى للضرر كانت قد اكتملت بل أنه اذا قضى بالتعويض عن الضرر على اساس استقراره ثم تكشفت الظروف عن تفاقمه فلا يمتنع الحكم الأول من العودة الى المطالبة بالتعويض عن الضرر الجديد كالشأن فيما لو قضى بالتعويض عن الاصابة ، ثم أدت مضاعفاتها بعد ذلك الى وفاة المصاب . (يراجع فى تفصيل ذلك السنهورى فى الجزء الأول من الوسيط بند ٥٧٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى القانون ان احتمال الضرر لا يصلح اساس لطلب التعويض بل يلزم أن يكون الضرر المدعى به محققا ، واذا كان ذلك وكانت المحكمة حين قضت برفض التعويض قد أسست قضاءها على ما قالته من عدم ثبوت الضرر . ومو ما تملكه فى حدود سلطتها التقديرية فإنه لا معقب عليها" (١٩٦٨/١٢/٢ – م نقض ج – ١٩ – ١٠٤٢) وبأنه مجرد احتمال وقوع الضرر فى المستقبل لا يكفى للحكم بالتعويض " (١٩٥٦/٣/١٣ – م نقض ج – ٧ – ٣٣٠) . وبأنه لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر التعويض لم يدخل فى اعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب للمراقبة فى الامتحانات – طالما أن نظره فى هذا الخصوص بنى كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذى يدعيه الطاعن فى هذا الصدد هو ضرر احتمالى وليس بضرر محقق الوقوع (١٩٥٩/١٢/٣ م نقض م – ١٠ – ٧٥٠) . وبأنه التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية – الى ان هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه ، فإنها إذ قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على اساس وقوع هذا الهدم . لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمال وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع " (١٩٦٥/٦/١٠ – م نقض م – ١٦ – ٧٣٦) . وبأن اذا كان الحكم المطعون فيه لم يدخل عنصر الضرر المستقبل عن وفاة الولدين فى تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه فى أسبابه واذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع وكان يجوز لمحكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تقضى بتعويض اجمالى عن جميع الأضرار التى حاقت بالمضرور إلا أن ذلك مشروطا بأن يبين عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن يناقش كل عنصر منها على حدة وتبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإذ أغفل الحكم المطعون فيه بيان ذلك كله فإنه يكون معيبا بالقصور " (١٩٧٨/٤/٦ الطعن ٦٠٢ لسنة ٤٥ق) وبأنه " الالتزام بالتعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون بالمنع من البناء عن سنوات لاحقة لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاما محقق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد فى كل عام نتيجة للقرار الادارى المذكور .ويبدأ التقادم بالنسبة اليه منذ تحققه ، إذ من هذا التاريخ يصبح التعويض مستحق الأداء عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨١ مدنى

وأنه وأن اشترك طلب هذا التعويض مع التعويض المرفوعة به الدعوى أصلا من حيث المصدر باعتبارهما ناشئين عن قرار إدارى مخالف للقانون فإن مثل هذا الاتحاد فى المصدر لا ينفى عنهما أنهما طلبان مستقلان من حيث أحكام التقادم فلا يعتبر قطع التقادم بالنسبة لأحدهما قطعا له بالنسبة للآخر " (١٩٦٣/٤/١١ – م نقض م – ١٤ – ٥٢٠) . وبأنه إذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أنه اقتصر على تقدير نفقات العلاج الفعلية وهى التى قدمت عنها المستندات – كما قرر الحكم – دون أن يتحدث بشئ عن الاضرار المستقبلة التى طالب الطاعن نفسه بالتعويض عنها نتيجة للحادث الذى أصيب فيه ابنته ، وادخلها الحكم الابتدائى فى تقدير التعويض وأشار اليها بقوله وما ينتظر أن يتكبده الطاعن عن نفسه – من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميلية للمجنى عليها " لا يغير من ذلك ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من أنه يقدر مبلغ ١٥٠٠ج تعويضا لكافة الأضرار التى لحقت بالطاعن عن نفسه وبصفته – وليا على ابنته ، ذلك أن الحكم خلص الى هذه النتيجة بعد أن قصر التعويض المستحق للطاعن عن نفسه على نفقات العلاج الفعلية وقدرها بمبلغ ١٠٠ج يؤكد ذلك أن الحكم حدد الأضرار التى قضى بالتعويض عنها ، مستعملا صيغة الماضى فقرر بأنها هى تلك الأضرار التى حاقت بالطاعن عن نفسه وبصفته ، مما مقتضاه أن الحكم المطعون فيه لم يدخل عنصر الضرر المستقبل فى تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه فى اسبابه ، وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبلى متى كان محقق الوقوع ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور (١٩٧٧/٢/٨ – م نقض م – ٢٨ – ٣٩٥).

الضــرر المتغيــر :

ويقصد به الضرر الذى تغيرت قيمته وقت صدور الحكم عنها وقت وقوع الفعل الضار ، سواء بتفاقم أو هبوط آثار الضرر ، أو بارتفاع أو هبوط تكاليف اصلاح آثار الضرر أو سعر النقد . والقاعدة أن العبرة فى كل ذلك بالحالة وقت صدور الحكم دون اعتداد بوقت وقوع الضرر غير أنه يشترط فى حالة تفاقم الضرر أن يرجع ذلك إلى ذات خطأ المسئول (السنهورى بند ٦٤٩) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه ، لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم ، مراعيا التغيير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها المسئول أو نقض كائنا ما كان سببه ، ومراعيا كذلك التغيير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقضها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ أو النقض فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغيير فى قيمة الضرر فليس تغييرا فى الضرر ذاته . وإذ كان المسئول ملزما بجبر الضرر كاملا ، فإن التعويض لا يكون كافيا لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم ومن ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر ، فإذا هو تهاون فعليه تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه " (١٩٤٧/٤/١٧ م ق م – ١٨ ٢٦١). وبأنه جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار اليه عند الحكم " (١٩٥٧/١١/١٩ – م نقض م – ٨ – ٧٨٤)

وبأنه وإذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويت أمر محقق ، ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة ، وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين فى رعاية ابنهما فى شيخوختهما بأنها احتمال ، فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهى أمر احتمالى وبين تفويت الأمل فى هذه الرعاية وهى أمر محقق ، ولما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وانه أحيل الى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه كان طالبا فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاما الأمر الذى يبعث الأمل عند أبويه فى أن يستظلا برعايته ، وإذ افتقداه فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما . فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون (١٩٧٩/٥/١٦ - الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق) وبأنه" تفويت الفرصة على الموظف فى الترقية إلى درجة اعلا من درجته بسبب احالته الى المعاش بغير حق قبل انتهاء مدة خدمته عنصر من عناصر الضرر الذى يجب النظر فى تعويض الموظف عنه . وإذ كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت وهو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة ، ومن ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قال فى سبيل رفض طلب التعويض أن تفويت فرصة احتمال ترقية الطاعن لا يدخل فى تقدير الضرر المادى الذى أصابه من جراء فصله من الخدمة قبل بلوغ سن المعاش لأنه مجرد احتمال ولا يصح أن ينبنى عليه حق ، فإن هذا القول ينطوى على خطأ فى القانون ، ولا ينال من ذلك أن تكون الترقية تتم بالاختيار دون القيد بالأقدمية وأنها من الاطلاقات التى تملكها الجهات الرئيسية للموظف إذ محل ذلك أن يكون الموظف باقيا فى الخدمة ((١٩٦٢/٣/٢٩ - م نقض م - ١٣ - ٣٥٠) .

وتجب مراعاة الظروف الملابسة وهى تشمل الظروف الشخصية للمضرور وجسامة خطأ المسئول دون ظروفه الشخصية :

وقد أشارت إلى ذلك المادة بالنص صراحة على الظروف الملابسة . ومن المتفق عليه أن مما يدخل فى ذلك الظروف الشخصية للمضرور فيتعين أن ينظر إلى الضرر الذى لحقه بمعيار ذاتى يعتد بسنه وجنسه وبيئته ووضعه الثقافى والاجتماعى وحالته الجسمية والصحية والمهنية إلى غير ذلك من الظروف الشخصية التى تجعل أثر الفعل الواحد متباينا من شخص إلى آخر ، فجرح المريض بالسكر أشد اثرا عليه من أثر ذات الجرح على غيره ، ومن يعول أسرة ليس كمن لا يعول أسرة والاصابة فى العين لفاقد العين الأخرى أشد أثرا من غيره . كما أنه لا خلاف فى عدم الاعتداد بالظروف الشخصية للمسئول فيستوى أن يكون غنيا أو فقيرا ، يعول أسرة أولا يعول مؤمنا على مسئوليته عن الضرر أو غير مؤمن . أما جسامة الخطأ . فكانت محكمة النقض فقد ذهبت إلى عدم جواز الاعتداد بدرجة الخطأ (يراجع نقض ١٩٤٨/١٢/٢٠ - م ق ج - ٢٣٥ - ٦٣٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه لم يبين ما إذا كان الخطأ الموجب للتعويض جسيما أو غير جسيم حتى تتمكن محكمة النقض من الموازنة بين خطأ المطعون عليها ومبلغ التعويض ، وكان ما نسبه الطاعن للشركة المطعون عليها من خطأ هو على ما ورد فى تقرير الطعن تعسفها فى استعمال حقها فى فصله بسبب محاولته المطالبة بما يعتقد أنه منه حقه - وهو ما أقره عليه الحكم المطعون فيه وقضى بالتعويض على أساسه ، فإن هذا النعى يكون غير منتج (١٩٥٩/١٢/٣١ - م نقض م - ١٠ - ٨٦٦) .

وبأنه اذا كانت المحكمة قد اثبتت أن الاعتداء بدأ من المجنى عليه وأخوته ومع ذلك قضت له بكل التعويض الذى طلبه على أساس ما رأته من تناسبه مع الضرر الذى لحق المضرور فى الظروف التى وقع فيها فهذا لا يقدح فى قضائها ، إذ يجوز أن يكون المجنى عليه لم يغال فى مقدار التعويض الذى طلبه وقدره بالقدر الذى رأى أن المحكمة ستحكم له به مراعية كل الظروف وليست المحكمة بحاجة الى التحدث فى الحكم عن المقاصة أو عن الخطأ الذى وقع من المجنى عليه أو فريقه مادام أن أحدا لم يطلب أليها ذلك " (١٩٤٣/٣/١٢ - م ق ج - ٢٠٨ - ٦٣١) . وبأنه " لا يجوز أن يحكم بالمقاصة القضائية إلا إذا كان كل من الدينين المطلوب اجراء المقاصة بينهما مرفوعا عنه دعوى أمام المحكمة ، وإذن فلا يصح الحكم برفض دعوى التعويض المرفوعة من المدعى المدنى على أساس أنه هو والمتهم قد تبادلا ألفاظ السب مادام المتهم لم يكن هو الآخر يطالب المدعى بتعويض . ومع ذلك فالمحكمة فى هذه الحالة وهى تقدر مسئولية المدعى عليه ، أن تعرض لجميع ظروف الدعوى وملابستها ، وتتحرى ما وقع من كل من الطرفين فإذا تبين لها أن طالب التعويض هو الذى أخطأ وأن خطأه إنما كان هو السبب المباشر للضرر الذى لحقه كان لها أن تقضى برفض طلب التعويض على أساس انتفاء المسئولية عن المدعى عليه لا على أساس المقاصة " (١٩٤٠/٣/٤ - م ق ج - ٢٠٣ - ٦٣٠) . وبأنه " متى كانت تسوية المعاش للمطعون ضده قد تمت استنادا الى أحكام قانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣١ ولم يراع فيها تعويضه - أثناء عمله - فإن هذه التسوية لا تحول دون الحكم له بكل التعويض الذى يستحقه عن اصابته طبقا لأحكام القانون المدنى " (١٩٦٧/٣/٢ - م نقض م - ١٨ - ٥٣١) . وبأنه " إذا كان الثابت أن المعاش لابن المجنى عليها القاصر قد سوى طبقا لأحكام القانون رقم ٣٩٤ سنة ١٩٥٦ ولم يكن من قبيل المعاشات الاستثنائية التى يتعين التصدى لها عند تقدير التعويض عن الفعل الضار فإنه لا يقبل النعى على الحكم عدم خصمه المعاش من مبلغ التعويض " (١٩٦١/١/٣٠ - م نقض ج - ١٢ - ١٣١) .

جواز الجميع بين التعويض وبين مبلغ التأمين سواء استحق بموجب وثيقة أو بموجب نظام خاص يجعل علاقة المضرور بالجهة المعنية علاقة مؤمن بمؤمن له :

فقد قضت محكمة النقض بأنه "متى كان مؤدى حكم النقض الصادر بتاريخ أول يناير سنة ١٩٥٩ فى الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٢٤ قضائية ، المودعة ، صوريته الرسمية ملف الطعن ، أن حق المطعون ضده الأول (المؤمن) فى الرجوع بالتعويض على الطاعنين لم ينتقل إلى الشركة المطعون ضدها الثانية (شركة التأمين) ولم تحل محله فيه ، فإن هذا الحق يبقى كاملا للمطعون ضده الأول ومن ثم يجوز له أن يجمع بين ذلك التعويض ومبلغ التأمين لاختلاف أساس كل منهما. (١٩٧٣/١١/١٧ - م نقض م - ٢٤ - ١١٠) . وبأنه يبين من استقراء نصوص المواد ١١ ، ١٤ ، ١٥ ، ٢٧ ، ٣٧ من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٦ بإنشاء صندوق للتأمين والمعاشات لموظفى الدولة المدنيين وآخر لموظفى الهيئات ذات الميزانيات المستقلة أن العلاقة بين صندوق التأمين وبين الموظف هى علاقة بين مؤمن ومؤمن له ينظمها القانون المذكور الذى يرتب التزامات وحقوقا لكل منهما قبل الآخر وأن المبالغ التى تؤدى تنفيذا لأحكامه هى تأمين فى مقابل الأقساط التى تستقطع من مرتب الموظف فى حال حياته ، أما مبلغ التعويض المقضى به فمصدره الفعل الضار الذين اثبت الحكم وقوعه من التابع فى أثناء تأدية وظيفة ورتب عليه مسئولية المتبوع ، وبذلك لا يكون الحكم قد أخطأ إذ هو لم يلتفت الى حصول المدعى بالحقوق المدنية بصفتيه على مبلغى التأمين ولم يلق إليهما بالا وهو بصدد تقدير التعويض المقضى به

ولا يقدح فى ذلك القول بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد لاختلاف مصدر كل حق عن الآخر ، ومتى تقرر ذلك فإنه لا يعيب الحكم انتفائه عن الرد على ما تنعاه المسئولة عن الحقوق المدنية فى هذا الخصوص لظهور بطلانه " (١٩٦١/١/٣٠ -م نقض م - ١٢ - ١٣) .

جواز الجمع بين التعويض وبين قيمة التأمين إذا كان المسئول غير صاحب العمل :

لما كان العامل يقتضى حقه فى التعويض عن اصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى شارك هو ورب العمل فى دفعها ، بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين . (١٩٧٩/٥/١٥ - الطعن ١٦٦ لسنة ٤٥ق) .

و قد قضت محكمة النقض بأنه "نص المادة ٤١ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية قد جرى بأن " تلتزم الهيئة بتنفيذ أحكام هذا الباب حتى ولو كانت الاصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل ولا يخل ذلك بما يكون المؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول ولما كان مقتضى ذلك أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه فى الباب الرابع فى تأمين اصابة العمل لا يخل بما يكون للمؤمن له - العامل أو ورثته - من حق قبل الشخص المسئول فإن الحكم إذ قضى بالحق قبل العمال الذين دانهم بجريمة القتل الخطأ يكون سديدا فى القانون" (١٩٧٥/٢/٣ - م نقض م - ٢٦ - ١١٧) . وبأنه العامل إنما يقتضى حقه فى التعويض من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية فى مقابل الاشتراكات التى شارك هو ورب العمل فى دفعها بينما يتقاضى حقه فى التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذى ارتكبه المسئول فليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين ولا يعيب الحكم التفاته عن الرد على ما دفع به الطاعنون من أن ما تقاضته المجنى عليها - جريمة الاصابة الخطأ - من هيئة التأمينات الاجتماعية له أثره فى تقدير التعويض قبلهم وذلك لما هو مقرر من أن الدفاع القانونى ظاهر البطلان لا يستأهل ردا " (١٩٧٥/٢/٣ - م نقض ج - ٢٦ - ١١٧).

ويجوز مطالبة رب العمل بوصفه متبوعا بكامل التعويض ولو لم يتوافر الخطأ الجسيم :

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى تنص على أن " يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وكانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية إنما هى فى حكم مسئولية الكفيل المتضامن كفالة ليس مصدرها العقد ، وإنما مصدرها القانون " فإنه لا جدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية المنطبق على واقعة الدعوى والتى لا تجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو بحث مسئولية رب العمل الذاتية . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بهذا النظر واعتبر طلب الزام الطاعن بالتعويض باعتباره متبوعا للعامل المتعدى وتطبيقا لنص المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى خارجا عن نطاق تطبيق المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية المنطبق على واقعة الدعوى والتى لا تجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذاكانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم

وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو بحث مسئولية رب العمل الذاتية . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بهذا النظر واعتبر طلب الزام الطاعن بالتعويض باعتباره متبوعا للعامل المعتدى وتطبيقا لنص المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى خارجا من نطاق تطبيق المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ فإنه يكون قد التزم صحيح القانون . (١٩٧٩/٥/١٥ - الطعن ١٦٦ لسنة ٤٥ق) وبأنه نصت المادة ١/١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو سببها . وإذ كانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية وإنما هى فى حكم مسئولية الكفيل المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون ، فإنه لا جدوى من التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ والتى تجيز للمصاب فيما تعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد هيئة التأمينات الاجتماعية بأحكام أى قانون آخر ، ولا تجيز له ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ جسيم فى حقه ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة - وعلى ما جرى به قضاء الدائرة الجنائية لهذه المحكمة - هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية (١٩٧٧/٤/٢٦ الطعن ٨٨٨ لسنة ٤٣ق) وبأن تنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى على أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وكانت مسئولية المتبوع عن اتباعه ليست مسئولية ذاتية وإنما هى حكم مسئولية الكفيل المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون فإنه لا يجد التحدى فى هذه الحالة بنص المادة ٤٢ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ والتى لا تجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد الهيئة بأحكام أى قانون آخر ولا تجيز له ذلك ايضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم ، ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية ، لما كان ذلك ، وكان الحكم قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون فى هذا الشأن يكون غير سديد " (١٩٧٥/٢/٣ - م نقض ج - ٢٦ - ١١٧).

وإذا استحق المضرور مبلغ التأمين فإن ذلك لا يحرمه من الرجوع على المسئول غير رب العمل :

تنص المادة ٤١ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن التأمينات الاجتماعية المنطبقة على واقعة الدعوى وتقابلها المادة ٦٦ من القانون الحالى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ على أن - تلتزم الهيئة بتنفيذ أحكام هذا الباب حتى ولو كانت الإصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل ، ولا يخل ذلك بما يكون للمؤمن عليه من حق قبل الشخص المسئول مما مقتضاه أن تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه فى الباب الرابع بشأن تأمين اصابات العمل ، ولا يخل بما يكون للمؤمن له - العامل أو ورثته - من حق قبل الشخص المسئول " (١٩٧٧/٤/٢٦ فى الطعن ٨٨٨ لسنة ٤٣ق).

إذا توافر الخطأ الجسيم فيجوز مطالبة رب العمل استنادا إلى الخطأ الشخصى بكامل التعويض شريطة خصم ما يكون قد صرف العامل من مبلغ تأمين إصابة العمل :

لئن كان حصول المؤمن عليه على حقوقه التى كفلها له قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ لا يحول دون مطالبته رب العمل بالتعويض الجابر لما لحق به من ضرر استنادا الى المسئولية التقصيرية ، إذ يظل الحق بهذه المطالبة قائما وفقا لأحكام القانون المدنى إذا كان سبب الضرر هو الخطأ التقصيرى متى كان جسيما ، على ما نصت عليه المادة ٤٣ من قانون التأمينات الاجتماعية - الأمر الذى لم يتعرض له الحكم المطعون فيه بالبحث - إلا أن ذلك مشروط بأن يراعى القاضى عند تقرير التعويض خصم الحقوق التأمينية من جملة التعويض الذى يستحق لأن الغاية من التزام رب العمل بالتعويض هو جبر الضرر جبرا متكافئا معه وغير زائد عليه ، لأن كل زيادة تعتبر اثراء على حساب الغير دون سبب ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قدر مبلغ التعويض المقضى به للمطعون ضدها الأول بصفتيها قبل رب العمل - الطاعن - بألف جنيه بغير بيان ما إذا كان الحدث قد حصل نتيجة خطأ من الطاعن جسيم ودون أن يكشف فى قضائه عما إذا كان قد راعى فى تقدير هذا التعويض قيمة المعاش الذى ألزم الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعئة بدفعه لها بما يبين معه أنها لم تحصل على حقوق أزيد مما لحق بها من أضرار ، فإنه يكون مشوبا بالقصور " (١٩٧٨/٥/١٣ - الطعن ١٩٦٩ - الطعن ١٦٩ لسنة ٤٦ق) وبأنه التزام رب العمل بتعويض العامل طبقا لأحكام قانون اصابات العمل لا يمنع من التزامه بالتعويض عن الحادث طبقا لأحكام القانون المدنى إذا وقع بسبب خطئه الجسيم ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه استنزل من جملة التعويض الذى يستحقه المطعون عليهما من جميع الأضرار التى لحقتهما المبلغ المقضى به فى الدعوى رقم ٢١١٥ سنة ١٩٥٨ عمال كلى القاهرة ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون أو القصور فى التسبيب يكون على غير أساس " (١٩٧٤/١٢/٣١ - م نقض م - ٢٥ - ١٥١٩).

يعين طريقة التعويض تبعا للظروف :

فقد نصت المادة (١٧١) مدنى على أن :

يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ، ويجوز فى هاتين الحالتين الزام المدعى بأن يقدم تأمينا .

ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض.

وإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية التعاقدية فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ - وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى بغير حق ، أو بالتعسف فى استعمال حق - ألا منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية ...والأصل فى التعويض أن يكون مبلغا من المال ، ومع ذلك ، يجوز أن تختلف صورة فيكون مثلا ايرادا مرتبا يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ... وينبغى التفريق بين التعويض عن طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت ، ومع احتمال زيادته بعد بتقدير تعويض اضافى ....ويسوغ للقاضى ، فضلا عما تقدم أن يحكم فى أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض . فيأمر مثلا بنشر الحكم بطريق اللصق ، على نقطة المحكوم عليه ... لتعويض المقذوف فى حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه.

التعويض العينى :

التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل ولا يسار إلى عوضه ، أى التعويض النقدى ، إلا إذا استحال التعويض عينا ، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدى وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كرد الشئ المغتصب – وجب قبول ما عرضه بل لا يتكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى – وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ اجراءات نزع الملكية للمنافع العامة فقضاها المالك مطالبا بقيمة العقار – وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون " (١٩٤٨/١٢/١٦ – م ق م – ٢ – ٢٥٩)

وقد قضت محكمة النقض بأنه "للمدعى بالحقوق المدنية دعواه التابعة للدعوى الجنائية سواء كانت مرفوعة مباشرة أم بطريق التدخل فى الدعوى العمومية المرفوعة من النيابة طلب تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة وهذا التعويض يجوز أن يشمل رد الشئ المسروق المختلس عينا أو دفع ثمنه " (١٩٤٦/٤/٢٩ دائرة جنائية – م ق م – ٩٨ – ١٣٠١) . وبأنه " لما كان للمحاكم الجنائية بمقتضى القانون أن تحكم بالتعويضات لمن أصابه ضرر من الجريمة المرفوعة بها الدعوى أمامها وكان رد الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوع الجريمة لاشك يدخل فى التعويضات إذ به يتحقق رفع الضرر عن المضرور عينا بارجاع ذات ما يخصه اليه ... فإن المحكمة إذا ثبت لها تزوير عقدى الرهن والتنازل وقضت بردهما وبطلانهما ومحو تسجليهما فقضاؤها بذلك لا يعدو أن يكون ضربا من ضروب الرد كما هو معرف به من القانون (١٩٤٦/١٠/١٤ دائرة جنائية – م ق م – ٩٩ – ١٣٠١) .

التعويض بتقرير مرتب مدى الحياة :

يجوز أن يكون تعويض الضرر بتقرير مرتب مدى حياة المضرور إذا رؤى أن ذلك خير وسيلة لجبر الضرر دون مجازفة فى هذا التقدير وحيث يلحق أحد الخصمين ويعتبر المبلغ المحكوم به فى هذه الحالة تعويضا يأخذ حكم التعويض ولا تسرى عليه القواعد المقررة للمعاش الذى يربط للموظف الذى انتهت مدته " (١٩٥٧/٥/٣٠ – م نقض م – ٨ – ٥٥٤) .

التعويض النقدى :

ويجوز أن يكون التعويض النقدى مبلغا متجمدا كما يجوز أن يكون فى صورة فائدة تعويضية تستقل محكمة الموضوع بتحديد سعرها .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لمحكمة الموضوع أن تقدر التعويض الذى يستحقه المالك مقابل ربع أرضه التى استولت عليها الحكومة جبرا عنه واضافتها الى المنافع العامة بغير اتباع الاجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية – على الوجه الذى تراه المحكمة مناسبا ، فتحكم لهذا التعويض مبلغا متجمدا أو فى صورة فائدة تعويضية ، وهى فيما تفعله من ذلك وفى تحديدها لسعر هذه الفائدة لا تخضع لرقابة محكمة النقض " (١٩٦٥/١/٧ – م نقض م – ١٦ – ٤٤) .

ويجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه :

تعويض الضرر الأدبي بنشر الحكم فى الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضى الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه (١٩٦٧/٣/١٥ – م نقض م – ١٨ – ٦٣٦)

وتعد المصادرة تعويضا مدنيا عما سببته الجريمة من أضرار فتأول الأشياء للمجنى عليه أو للدولة ويعد هذا استثناء عن القاعدة إذ أن الأصل فى المصادرة أنها تدبير وقائى تلتزم المحكمة بالحكم به لتعلقها بشئ خارج عن دائرة التعامل أو عقوبة تكميلية يقضى بها للإدانة بعقوبة أصلية فى الجنايات والجنح ويلاحظ أن الاستثناء لا يجوز الحكم به إلا بموجب بعض القوانين الخاصة :

وقد قضت محكمة النقض بأنه "المصادرة اجراء الغرض منه تمليك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة ، قهرا عن صاحبها ، وبغير مقابل ، وهى عقوبة اختيارية تكميلية فى الجنايات والجنح ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، فلا يجوز الحكم بها إلا على شخص ثبتت ادانته وقضى عليه بعقوبة أصلية وقد تكون المصادرة وجوبية يقتضيها النظام العام لتعلقها بشئ خارج بطبيعته عن دائرة التعامل ، وهى على هذا الاعتبار تدبير وقائى لا مفر من اتخاذه فى مواجهة الكافة ، كما قد تكون المصادرة فى بعض القوانين الخاصة من قبيل التعويضات المدنية ، إذا نص على أن تؤول الأشياء المصادرة إلى المجنى عليه أو خزانة الدولة كتعويض عما سببته الجريمة من أضرار ، وهى بوضعها الأول تكون تدبيرا وقائيا على المحكمة أن تحكم به مادامت تتعلق بشئ خارج بطبيعته عن دائرة التعامل ، وهى بوضعها الثانى توفر للمجنى عليه صفة المطالبة بها كتعويض وفى أن يتتبع حقه فى ذلك أمام درجات القضاء المختلفة حتى فى حالة الحكم بالبراءة" (١٩٧٠/٣/٢٢ – م نقض ج – ٢١ – ٤٠٩).

والتعويضات المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم هى عقوبة فلا يحكم بها إلا من محكمة جنائية :

التعويضات المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٦٣ سنة ١٩٥٦ بتنظيم تحصيل رسم الانتاج أو الاستهلاك على الكحول – الذى يحكم واقعة الدعوى – وان كانت تنطوى على تضمينات مدنية تجيز لمصلحة الجمارك التدخل فى الدعوى أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بها والطعن فيما يصدر بشأن هذه المطالبة من أحكام ، إلا أنها فى حقيقتها عقوبات تكميلية حدد الشارع قدرها تحديدا تحكميا غير مرتبط بتحقيق وقوع أى ضرر على المصلحة فلا يجوز توقيعها إلا من محكمة جنائية ولا يتوقف قضاؤها لها بها على تدخل من جانبها فى الدعوى وتلتزم المحكمة فى هذا القضاء القدر المحدد فى القانون ، ومن ثم فإن إجازة هذا التدخل إنما هى على سبيل الاستثناء فلا يجرى عليه – وإن وصف بأنه دعوى مدنية – حكم اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا للدعوى المدنية الواردة بالمادة ٢٦١ من قانون الاجراءات الجنائية لأن هذا الحكم ما وضع إلا للدعوى المدنية التى تقام بطريق التبعية ممن لحقه ضرر بالفعل من الجريمة للمطالبة بالتضمينات المدنية البحت أى بالتعويض الذى تقدره المحكمة بنفسها بعد طلبه مقابل الضرر الواقع – والأصل فى هذه الدعوى أن ترفع أمام المحاكم المدنية وهى بذلك تختلف طبيعة وحكما عن ذلك التدخل من مصلحة الجمارك . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضىبرفض استئناف الطاعن وتأييد الحكم الابتدائى لأسبابه فيما قضى به من اعتباره تاركا للدعوى المدنية المقامة من المصلحة قبل المطعون ضدهما بالمطالبة بالتعويضات المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٦٢ سنة ١٩٥٦ وذلك لعدم حضوره بالجلسة ، فإنه يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه ، ولما كانت هذه المخالفة قد حجبته عن نظر الدعوى فإنه يتعين أن يكون مع النقض الاحالة " (١٩٧٦/٣/٢١ – م نقض ج – ٢٧ – ٣٢٦).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت حيازة الدخان المسحوق والمخلوط لصناعة العطوس (النشوق) على خلاف ما يسمح به القانون تعتبر تهريبا معاقبا عليه بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن تهريب التبغ التى تنص على أنه " يعاقب على تهريب أو الشروع فيه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة شهور وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويحكم بطريق التضامن على الفاعلين والشركاء بتعويض يؤدى الى مصلحة الجمارك على النحو التالى (أ) .... (ب) عشرون جنيها عن كل كيلو جرام أو جزء منه من التبغ الجاف أو منتجاته " وكان قضاء النقض قد جرى على أن التعويضات المشار إليها فى القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم هى عقوبة تنطوى على عنصر التعويض فلا يجوز الحم بها إلا من محكمة جنائية وأن الحكم بها حتمى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وبلا ضرورة لدخول الخزانة فى الدعوى ودون أن يتوقف ذلك على تحقيق وقوع ضرر عليها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض لمصلحة الجمارك وبغير تدخل منها فى الدعوى يكون قد التزم صحيح القانون"(١٩٧٣/١/٧ - م نقض ج - ٢٤ -٤٠).